

Das Wesen der Haftpflicht des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB

**Praktische Anwendung der rechtssystematischen
Auslegungsmethode**

HABILITATIONSSCHRIFT

zur Erlangung der *venia legendi*
an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

vorgelegt von

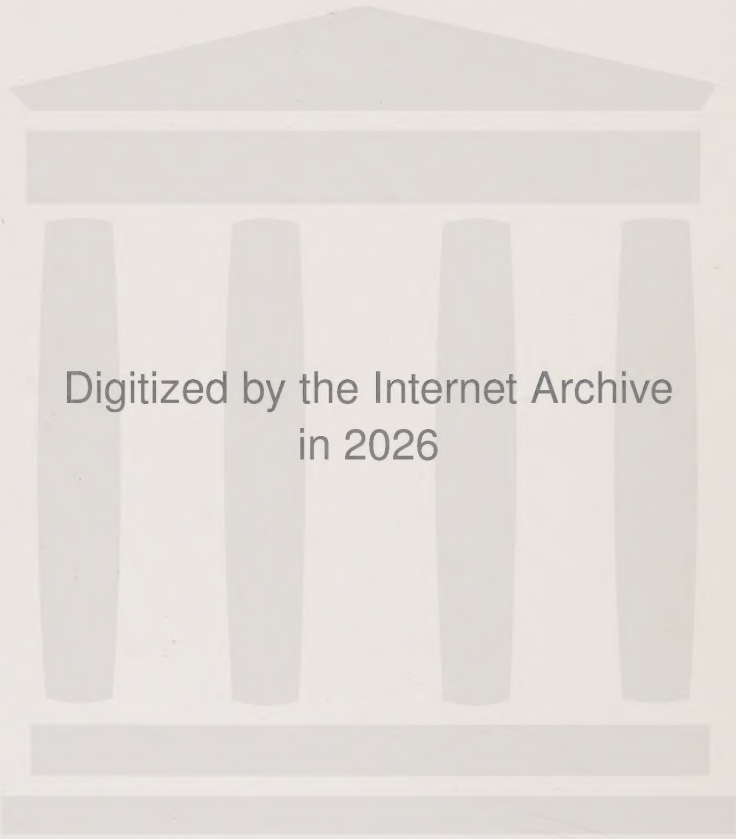
Dr. iur. Emil W. Stark

von Hohentannen (Thurg.) und Teufen (App. A.-Rh.)

Zürich 1952
Buchdruckerei Fluntern
Plattenstrasse 27

**Das Wesen der Haftpflicht des Grundeigentümers
nach Art. 679 ZGB**

von Dr. iur. Emil W. Stark



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Das Wesen der Haftpflicht des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB

Praktische Anwendung der rechtssystematischen
Auslegungsmethode

HABILITATIONSSCHRIFT

zur Erlangung der venia legendi
an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

vorgelegt von

Dr. iur. Emil W. Stark

von Hohentannen (Thurg.) und Teufen (App. A.-Rh.)

Zürich 1952
Buchdruckerei Fluntern
Plattenstrasse 27



VORWORT

Anlass für die Bearbeitung der Haftpflicht des Grundeigentümers in einer Monographie bildeten für mich die Schwierigkeiten, denen die Praxis bei der Anwendung von Art. 679 ZGB immer wieder begegnet. Ich habe versucht, diese Schwierigkeiten in § 2 dieser Arbeit im Anschluss an die zusammenfassende Uebersicht über Rechtsprechung und Literatur darzulegen. Sie liegen wohl auch dem Entschluss des Schweizerischen Juristenvereins zugrunde, die Verantwortlichkeit nach ZGB 679 zum Gegenstand seiner Diskussion am Juristentag des Jahres 1952 zu machen.

Die Tatsache, dass diese Unsicherheit in der Beurteilung der Grundeigentümerhaftung trotz verschiedener Bearbeitungen dieses Themas und trotz verschiedener Urteile bisher nicht überwunden werden konnte, hat mich bewogen, mir zuerst über die zu befolgende Methode Rechenschaft abzulegen und diese Methode in § 1 zu begründen.

Ich habe im weiteren der Darstellung anderer Rechtsordnungen verhältnismässig viel Platz eingeräumt. Dies drängte sich auf, weil diese Rechtsordnungen keine dem Art. 679 ZGB entsprechende Norm enthalten, sondern andere Wege gegangen sind. Ein fruchtbarer Vergleich ist daher nur möglich auf Grund einer einigermaßen abgerundeten Uebersicht über die von den betreffenden Rechtsordnungen gebotenen Lösungen unseres Fragenkomplexes.

Um der Praxis die Benützung dieser Arbeit zu erleichtern, habe ich mich nicht nur in dem der Rechtsvergleichung dienenden 2. Kapitel, sondern auch in den beiden folgenden Paragraphen im wesentlichen darauf beschränkt, die Grundlagen für die Entwicklung der eigenen Auffassung zusammenzutragen. Das ganze Resultat der Arbeit ist demgemäss im letzten Paragraphen konzentriert.

Zum Schluss möchte ich noch allen denen besten Dank sagen, die mir bei dieser Arbeit geholfen haben, so namentlich meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Karl Oftinger.

INHALTSVERZEICHNIS

1. Kapitel: DIE AUFGABE

§ 1	<i>Aufgabe und Methode</i>	23
§ 2	<i>Die schweiz. Judikatur und Literatur zu ZGB Art. 679</i>	51
I.	Die Rechtslage vor Erlass des ZGB	51
II.	Die Materialien zu ZGB 679 und zu OR 58	53
III.	Die Interpretation der Grundeigentümerhaftpflicht in Literatur und Judikatur	56
1.	Der Begriff der Ausübung des Eigentumsrechts	56
2.	Der massgebende Begriff der Rechtswidrigkeit	59
3.	Einzelfragen	67
a)	Die Aktivlegitimation	67
b)	Die Passivlegitimation	69
c)	Die Haftpflicht für Dritte	72
d)	Die Art des Schadens	73
e)	Die Entlastungsgründe	74
f)	Der Staat als Grundeigentümer	74
g)	Eigentumsüberschreitungen durch expropriations- berechtigte Rechtssubjekte	76
h)	Vertragliche Vereinbarungen	76
i)	Der Gerichtsstand	77
k)	Die Verjährung des Schadenersatzanspruches	77
4.	Das Verhältnis zwischen den Schadenersatzklagen aus OR 58 und ZGB 679	78
IV.	Zusammenfassung	80

2. Kapitel: ANDERE RECHTSORDNUNGEN

§ 3	<i>Das römische und das Pandektenrecht</i>	85
I.	Der Eigentumsbegriff im römischen Recht	85
II.	Die dinglichen Klagen gegen Einwirkungen	87
1.	Ihre Funktion	87
2.	Zweck und Ziel der negatorischen Klage	89
3.	Die Voraussetzungen der negatorischen Klage	90
4.	Einzelfragen	93
a)	Die Aktivlegitimation	93
b)	Die Passivlegitimation	94
c)	Die Verantwortlichkeit des Eigentümers für Dritte	94
d)	Die Beweislast	95
III.	Die persönlichen Klagen gegen Einwirkungen	95
1.	Die cautio damni infecti	95
a)	Die Wirkungsweise der cautio damni infecti	95

b) Wesen und Bedeutung der cautio damni infecti	98
c) Die Art des Schadens	101
d) Die Aktiv- und Passivlegitimation	102
2. Die aquae pluviae arcendae actio	103
§ 4 <i>Das deutsche und das oesterreichische Recht</i>	104
I. Der Rechtszustand in Deutschland vor Erlass des BGB	104
1. Das alte deutsche Recht	104
2. Die Kodifikationen vor dem BGB	105
II. Die Grundlinien des geltenden Rechts	106
1. Der massgebende Eigentumsbegriff	106
2. Die Eigentumsverletzung im allgemeinen	107
3. Mittelbare und unmittelbare Einwirkungen	108
4. Die Schadenersatzpflicht für Eigentumsverletzungen	110
5. Die Konstruktion einer Haftpflicht ohne Verschulden	113
III. Einzelfragen	114
1. Die Aktivlegitimation	114
2. Die Passivlegitimation und die Verantwortlichkeit für Dritte	116
3. Der Staat als Grundeigentümer	118
4. Die Verjährung	118
IV. Der Schadloshaltungsanspruch	118
1. Die Sonderordnung der sog. «genehmigten Betriebe»	118
2. Die Verallgemeinerung dieser Regeln	119
3. Die juristische Konstruktion	120
4. Die Abgrenzung vom Schadenersatzanspruch	121
§ 5 <i>Das französische Recht</i>	123
I. Die wichtigsten positiven Rechtsgrundlagen	123
II. Die Stellungnahme der Gerichte zu den Einwirkungen	124
III. Die theoretische Begründung dieser Praxis	125
1. Das Problem	125
2. Die Theorie des Rechtsmissbrauchs	127
3. Andere Lösungsversuche	128
a) Die Theorie der «obligations de voisinage»	129
b) Die Theorie der Risikotragung	131
c) Die Vertreter der deliktischen Verantwortlichkeit	133
d) Die Trennung zwischen dem rechtswidrigen Schaden und dem dafür kausalen rechtmässigen Verhalten	134
IV. Zusammenfassung	135
3. Kapitel: DIE AUSLEGUNG VON ART. 679	
§ 6 <i>Grammatikalische u. historische Auslegung von ZGB 679</i>	137
I. Die grammatikalische Auslegung	137
1. Die Texte in den drei Amtssprachen	137

2. Der Wortlaut von ZGB 679	137
a) Die «schädigende Betätigung»	138
b) Die Aktivlegitimation	139
c) Die Passivlegitimation	139
d) Weitere Fragen	140
II. Die historische Auslegung	140
§ 7 <i>Die angrenzenden Rechtsgebiete</i>	141
I. Die Abgrenzung gegenüber der Haftpflicht aus Delikt	141
1. Die deliktischen Haftungsarten im allgemeinen	141
a) Die Unterscheidung von den nicht-deliktischen Haftungsarten	141
b) Der theoretische Aufbau	141
2. Die Rechtswidrigkeit	142
a) Die Widerrechtlichkeit im Sinne von OR 41 I	142
aa) Die Widerrechtlichkeit im konkreten Fall	143
bb) Die Funktion des Begriffes der Rechtswidrigkeit	148
b) Die Rolle der Rechtswidrigkeit bei den Kausal- und Gefährdungshaftungen	160
3. Die Haftpflicht aus Verschulden	166
4. Die Kausalhaftungen	167
a) Die Kausalhaftungen i.e.S.	167
b) Die Gefährdungshaftungen	170
II. Die Abgrenzung gegenüber der actio negatoria und den Besitzesschutzklagen	171
1. Das Verhältnis zwischen den Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen einerseits und dem Schadenersatzanspruch anderseits	171
a) Die verschiedenen Phasen einer Einwirkung auf ein Grundstück	171
b) Die entsprechenden Klagen	174
2. Die Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach schweizerischem Eigentumsrecht	178
3. Die Besitzesschutzklagen	183
a) Eigentum und Besitz	183
b) Die possessorischen Beseitigungs- und Unterlassungsklagen	185
4. Zusammenfassung	187
§ 8 <i>Der Inhalt von Art. 679 ZGB und seine Stellung in unserer Rechtsordnung</i>	188
A. Wie ist Art. 679 ZGB auszulegen?	189
I. Die Grundeigentumsüberschreitung	189

1. Die Bedeutung der «Ueberschreitung des Eigentumsrechts»	189
2. Die Ausübung des Eigentumsrechts	198
3. Muss die Grundeigentumsüberschreitung auf einem menschlichen Verhalten beruhen und voraussehbar sein?	200
II. Die entsprechende Gestaltung der Ansprüche aus ZGB 679	203
1. Der Inhalt der Klagen	203
2. Die Gestaltung der Klagen	203
a) Die Aktivlegitimation	204
b) Die Passivlegitimation	205
c) Die Verantwortung für Dritte	207
d) Die Entlastungsgründe	209
e) Die Beweislastverteilung	209
B. Passt diese Interpretation in das System unseres Rechts und führt sie zu einem materiell richtigen Resultat?	210
III. Das Verhältnis der Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gemäss ZGB 679 zu den negatorischen und possessorischen Ansprüchen	210
1. Die rechtswidrigen Einwirkungen	210
2. Die Aktiv- und die Passivlegitimation	211
3. Die Praeventivklage	212
4. Zusammenfassung und Vergleich mit der herrschenden Auffassung	212
IV. Das Verhältnis des Schadenersatzanspruches gemäss ZGB 679 zu den deliktischen Ansprüchen	214
1. Das Verhältnis zu den deliktischen Ansprüchen im allgemeinen	214
a) Der Vergleich mit andern Rechtsordnungen	215
b) Weitere Argumente	219
2. Das Verhältnis zur Werkhaftung von OR 58 im besonderen	225
3. Der Regress unter mehreren Haftpflichtigen	226

LITERATURVERZEICHNIS

Zitierweise: Zeitschriftenartikel werden mit dem Verfasseramen und der Nummer der betr. Zeitschrift zitiert; Kommentarstellen mit dem betr. Gesetzesartikel.

Nicht in Zeitschriften erschienene Arbeiten werden im allgemeinen nur mit dem Verfasseramen zitiert. Zur Unterscheidung mehrerer Publikationen des gleichen Autors oder mehrerer gleichnamiger Autoren dient entweder dasjenige Wort des Titels, das in diesem Verzeichnis gesperrt gedruckt ist oder der Vorname.

Appert: Des droits du propriétaire vis-à-vis de ses voisins; Rev. trim. 1906, 71 ff.

Bachmann Ernst: Die nachbarliche Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts; Diss. Bern 1937.

Bauer Robert: Der Begriff des Schutzgesetzes in § 823 II BGB; Diss. Marburg 1907.

Bauhofer Arthur: Immissionen und Gewerberecht; Diss. Zürich 1916.

Baumgarten Arthur: Grundzüge der juristischen Methodenlehre; Bern 1939.

Becker H.: Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch; Bd. VI: Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen; 2. A.; Bern 1941.

Besson: La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses; Diss. Dijon 1927.

Bienenfeld Rudolf: Die Haftungen ohne Verschulden; Berlin und Wien 1933.

Biermann Johann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches; Bd. III des Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hg. von Biermann u. a.; 2. A.; Berlin 1903.

Binder Julius: Grundlegung zur Rechtsphilosophie; Tübingen 1935.

Blumer Heidi: Die Haftung für Schädigungen durch unbewegliche Sachen; Diss. Zürich 1940.

Bluntschli: Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich. Mit Erläuterungen herausgegeben; Zürich 1855.

Bluntschli/Dahn: Deutsches Privatrecht; 3. A.; München 1864.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweiz. Zivilgesetzbuch, vom 28. Mai 1904.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betr. die Ergänzung des Entwurfes eines Schweiz. Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen, vom 3. März 1905.

Braunschweiler Hans: Eingriffe in die freie Benutzung des Grundeigentums durch zwingendes kantonales Recht; Diss. Zürich 1942.

Brinz Alois: Lehrbuch der Pandekten; 4 Bde.; 2. A.; Erlangen 1873—92.

Brütt Lorenz: Die Kunst der Rechtsanwendung; Berlin 1907.

Brunner Emil: Gerechtigkeit; Zürich 1943.

Burckhardt C. Chr.: Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht; ZSR 22 (1903) 469 ff.

- Burckhardt Walther*: Kriminalpolitische Anforderungen an das schweizerische Zivilgesetzbuch; SZStr. 15 (1902) 233 ff.
- Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung; Bern 1925.
 - Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874; 3. A.; Bern 1931.
 - L'état et le droit; ZSR NF 50 (1931) 137 a ff.
 - Methode und System des Rechts; Zürich 1936.
 - Die Organisation der Rechtsgemeinschaft; 2. A.; Zürich 1944.
- Capitant*: Des obligations de voisinage; Rev. crit. 1900, 156 ff.
- Cochand Henri*: Der Wertschutz durch Gefahrenprävention im Haftpflicht- und Versicherungsrecht; Diss. Zürich 1950.
- Crome Carl*: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts; Bd. III: Rechte an Sachen und an Rechten; Tübingen 1909.
- Curti-Forrer Eugen*: Schweiz. Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen; Zürich 1911.
- Degenkolb*: Der spezifische Inhalt des Schadenersatzes; ArchZivPr. 76 (1890) 1 ff.
- Demogue*: Responsabilité pour la chute d'un arbre; Rev. trim. 1936, 346 ff.
- Dernburg Hrsh.*: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens; Bd. III: Das Sachenrecht; Halle a. S. 1898.
- Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs; Bd. I: Die Allgemeinen Lehren und das Sachenrecht; 5. A.; Halle a. S. 1894.
- Dernburg/Sokolowski*: System des Römischen Rechts; 2 Bde.; 8. A.; Berlin 1911—12.
- Diehl Paul*: Die nachbarrechtliche Eigentumsbeschränkung des § 906 BGB; Diss. Strassburg 1911.
- Dr. Pasquier Claude*: Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1er CCS; Basel 1951.
- Düring Eduard*: Die Besitzesschutzklagen nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Diss. Bern 1918.
- Egger August*: Schweiz. Rechtsprechung und Rechtswissenschaft; Berlin 1913.
- Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch; Bd. I: Einleitung und Personenrecht; 2. A.; Zürich 1930.
- Ehrenzweig Armin*: System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts; 6. A. von L. Pfaff; Wien 1923/28.
- Ehrlich E.*: Die juristische Logik; ArchZivPr. 115 (1917) 125 ff.
- Enneccerus, Kipp und Wolff*: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts; 5 Bde; 8.—13. A.; Marburg 1930—32, insbesondere Bd. 2:
- Enneccerus/Lehmann*: Recht der Schuldverhältnisse; 13. A.; Tübingen 1950.
- Ernst August*: Die Bedeutung des Merkmals «widerrechtlich» in Art. 50 des schweiz. Obligationenrechts; Diss. Leipzig 1910.
- Esser Josef*: Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und des Staates; Wien 1949.
- Fehr Konrad*: Die Beziehungen zwischen den Ansprüchen auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes, Unterlassung und Schadenersatz; ZbJV 80 (1944) 289 ff.
- Fosse Léon*: La responsabilité du fait des choses dans sons application aux immeubles; Diss. Montpellier 1935.

- Froelicher René*: Die Abgrenzung der Haftung des Werkeigentümers nach Art. 58 OR von der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers nach Art. 679 ZGB; Diss. Bern 1950.
- Fuld*: Unterlassungsklage und Schadenersatzklage; SächsArch. 12 (1902) 257 ff.
- Germann O. A.*: Vorarbeiten zur eidg. Gewerbegesetzgebung; Basel 1927.
- Methodische Grundfragen; Schweiz. Criminalistische Studien, Heft 1; Basel 1946.
 - Praejudizielle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile, insbes. der Urteile des schweiz. Bundesgerichts; ZSR 68 (1949) 297 ff., 423 ff.
- Gesterding F. C.*: Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigentum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen; Greifswald 1817.
- Gierke Otto von*: Deutsches Privatrecht; 3 Bde.; München und Leipzig 1895—1917.
- Glück Christian Friedr.*: Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld; Theile I und ff.; Erlangen 1800 ff.
- Glück/Burkhard*: Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld; Serie der Bücher 39 und 40; 2. Theil; Erlangen 1875.
- Gmür Max*: Inwieweit ist die Uebereinstimmung der Begriffe im Civil- und Strafrecht wünschenswert und durchführbar; ZSR 22 (1903) 587 ff.
- Guérin Joseph et Herve Léon*: Les responsabilités civiles du propriétaire d'immeuble; Paris 1911.
- Guhl Theo*: Das Schweiz. Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-, Wechsel- und Versicherungsvertragsrechtes; 4. A.; Zürich 1948.
- Guisan François*: Le domaine public et le droit de voisinage; JdT 84 (1936) 298 ff.
- Droit de voisinage et domaine public; JdT 99 (1951) 139 ff.
- Haab Robert*: Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch; Sachenrecht; 2. A.; 4./5. Lieferung; Zürich 1933/35.
- Häberlin Fritz*: Das eigene Verschulden des Geschädigten im schweiz. Schadenersatzrecht; Diss. Bern 1924.
- Häberlin Paul*: Die Idee der Gerechtigkeit; ZSR 66 (1947) 395 ff.
- Hafer Ernst*: Lehrbuch des Schweiz. Strafrechts; Allgemeiner Teil; 2. A.; Bern 1946.
- Schweizerisches Strafrecht; Besonderer Teil; 2 Bde.; Berlin 1937/43.
- Haug Hans*: Die Schranken der Verfassungsrevision; Diss. Zürich 1947.
- Hauser Alphons*: Ueber das Verhältnis der Werkeigentümerhaftung zur Verantwortlichkeit des Grundeigentümers (in Maschinenschrift); Diss. Basel 1930.
- Heck Philipp*: Das Problem der Rechtsgewinnung; Tübingen 1912.
- Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz; Tübingen 1914; auch erschienen ArchZivPr. 112, 1 ff.
 - Grundriss des Sachenrechts; Tübingen 1930.
- Hegnauer Cyril*: Das Sprachenrecht der Schweiz; Diss. Zürich 1947.
- Hesse Chr. Aug.*: Die cautio damni infecti nach römischen Prinzipien und in ihrer heutigen Anwendung und Anwendbarkeit dargestellt; 2. A.; Leipzig 1838.
- Die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn; 2 Bde.; Eisenberg 1859—62.
 - Zur Lehre von den nachbarrechtlichen Verhältnissen der Grundeigentümer; JheringsJ. 6 (1863) 377 ff.

- Heusler Andreas*: Institutionen des deutschen Privatrechts; 2 Bde.; Leipzig 1885/86.
- Hirsch-Ballin Ernest*: Ueber den Einfluss des Positivismus auf die Rechtswissenschaft; ZSR 66 (1947) 133 ff.
- Homberger A.*: Haftpflicht ohne Verschulden; ZSR 49 (1930) 1 a ff.
- Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch; IV. Bd.: Das Sachenrecht; 3. Abt. Besitz und Grundbuch; 2. A.; Zürich 1938.
- Homberger/Marti*: Grundeigentum; Karten «Nachbarrecht» (Nr. 429) und «Verantwortlichkeit des Grundeigentümers» (Nr. 430) der SJK; Genf 1942.
- Hörig Rudolf*: Die Einwirkungen auf ein Grundstück im Sinne von § 906 BGB, die gegen sie begründeten zivilrechtlichen Ansprüche und deren Durchführung im Prozess; Diss. Leipzig 1906.
- Hoerle*: Die Beeinträchtigung des Eigentümers durch gewerbliche Anlagen; Verw. Arch. 10 (1902) 366 ff.
- Huber Eugen*: System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts; 4 Bde.; Basel 1886—93.
- Schweiz. Zivilgesetzbuch; Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes; 2. A.; Bern 1914.
- Das Absolute im Recht; Bern 1922.
- Recht und Rechtsverwirklichung; 2. A.; Basel 1925.
- Jellinek Georg*: Der Kampf des alten mit dem neuen Recht; Heidelberg 1907.
- Jenny Kaspar*: Der Besitzbegriff nach dem schweiz. Zivilgesetzbuch; Diss. Zürich 1915.
- Jhering Rud. von*: Zur Lehre der Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse des Nachbarn; JheringsJ. 6 (1863) 81 ff.
- Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung; 3 Bde.; 4. A.; Leipzig 1878—88.
- Das Schuldmoment im römischen Privatrecht; in «Vermischte Schriften juristischen Inhalts» 155 ff.; Leipzig 1879.
- Der Besitz; JheringsJ. 32 (1893) 41 ff.
- Der Zweck im Recht; 2 Bde.; 5. A.; Leipzig 1916.
- Im Hof Walter*: Die Art und Grösse des Schadenersatzes und der Genugtuung bei den Klagen aus OR Titel I/II; Diss. Bern 1912.
- Jörs/Kunkel/Wenger*: Römisches Recht; hg. in Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften begr. von Liszt/Kaskel; 2. A.; Berlin 1935.
- Josserand*: De l'esprit des droits et de leur relativité; 2. A.; Paris 1939.
- Känzig Ernst*: Die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Abs. 1 des schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Gründe für den Ausschluss der Rechtswidrigkeit; Diss. Bern 1939.
- Keller Rudolf*: Die Ueberschreitung des Eigentumsrechts an Grundstücken; Diss. Bern 1909.
- Kelsen Hans*: Reine Rechtslehre; Leipzig und Wien 1934.
- Kipp Theodor*: Luftschiffahrt und Grundeigentum; JW 1908, 643 ff.
- Klang Heinrich*: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch; Wien 1927—35.
- Klausning Friedrich*: Immissionsrecht und Industrialisierung; JW 1937, 68 ff.
- Kraenzlin Gerhard*: Der Besitz als tatsächliche Gewalt; Diss. Zürich 1921.
- Kraft J.*: Die Entschädigung für rechtmässige Eingriffe der Staatshoheit; GruchBeitr. 60 (1916) 268 ff., 392 ff.

- Kruse Vinding Fr.*: Das Eigentumsrecht; 3 Bde.; aus dem Dänischen übersetzt von Kund Larsen; Berlin 1931—36.
- Kuhlenbeck Ludwig*: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch; 3 Bde.; Berlin 1898—1901.
- Lalou Henri*: Traité pratique de la responsabilité civile; 3. A.; Paris 1943.
- Landmanns/Rohner*: Kommentar zur Gewerbe-Ordnung für das deutsche Reich; 9. A.; München und Berlin 1938.
- Laun Rudolf*: Recht und Sittlichkeit; 3. A.; Berlin 1935.
- Der Satz vom Grunde; ein System der Erkenntnistheorie; Tübingen 1942.
- Leemann Hans*: Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch; Bd. IV.: Sachenrecht; 1./2. A.; Bern 1920/25.
- Bienenschutz und Schutz gegen Bienenimmissionen; SJZ 33 (1936/37) 305 ff.
- Leroy H.*: Du voisinage et plus spécialement des restrictions qu'il apporte au droit de propriété dans l'intérêt privé; Diss. Caen 1908.
- Leyat Paul*: La responsabilité dans les rapports de voisinage; Diss. Toulouse 1936.
- Linckelmann*: Luftschifffahrt und Grundeigentum; JW 1909, 8 ff.
- Zwei Fragen aus dem Gebiete des Schadenersatzrechtes; ArchBürgR. 24, 238 ff.
- Liszt Franz von*: Die Deliktobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs; Berlin 1898.
- Ludowieg Fr.*: Zur Schadenersatzpflicht des Luftschiffers; JW 1908, 705.
- Mages Alois*: Ueber Nachbarrecht; Wien 1871.
- Mazeaud Henri et Léon*: Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle; 3 Bde.; 4. A.; Paris 1948—50.
- Meisner Christian*: Das in Bayern geltende Nachbarrecht; 3. A.; München, Berlin und Leipzig 1923.
- Mittermaier Carl Jos. Ant.*: Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluss des Handels-, Wechsel- und Seerechts; 2 Bde.; 7. A.; Regensburg 1847.
- Moll Walter Theod.*: Die Haftpflicht der Betriebsinhaber elektrischer Anlagen; Diss. Bern 1945.
- Mommsen Friedr.*: Beiträge zum Obligationenrecht; 2. Abt.: Zur Lehre von dem Interesse; Braunschweig 1855.
- Monich*: Der Umfang des Gegenstandes des Grundeigenthums und die befugte Einwirkung nach dem BGB; JheringsJ. 38 (1898) 155 ff.
- Mosich Walther*: Das Grundeigen und seine Begrenzung nach § 905 und 906 BGB; JheringsJ. 80 (1930) 255 ff.
- Naef Karl*: Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage im schweizerischen Recht; Diss. Zürich 1919.
- Nef Hans*: Gleichheit und Gerechtigkeit; Zürich 1941.
- Die Richtigkeit des Rechts. Jahrbuch der Schweiz. Philosophischen Gesellschaft III; Basel 1943.
- Niemeyer Victor*: Empfiehlt sich eine Fortbildung des geltenden Schadenersatzrechts durch besondere gesetzliche Bestimmungen über die Haftung für Schäden, die verursacht werden durch die Verwendung von Luftschiffen und Flugmaschinen? DJT 31 (1912) II 29 ff.
- Oftinger Karl*: Schweizerisches Haftpflichtrecht; 2 Bde.; Zürich 1940/42.

- Rapport sur l'évolution récente de la responsabilité sans faute en droit suisse; Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française; Bd. II S. 263 ff.; Paris 1947.
- Oser/Schönenberger*: Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch; Bd. V.: Das Obligationenrecht; 2. A.; Zürich 1929—45.
- Pagenstecher E.*: Die römische Lehre von Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit; 3 Bde.; Heidelberg 1857—59.
- Petitpierre Max*: La responsabilité causale; ZSR 49 (1930) 65 a ff.
- Pfaff L.*: Zur Lehre von Schadenersatz und Genugthuung nach oesterreichischem Recht. Gutachten.
- Pfister Paul*: Fragen aus dem Gebiete der Widerrechtlichkeit insbesondere nach Art. 41 des Schweizerischen Obligationenrechts; Diss. Zürich 1925.
- Pflüger*: Ueber den Begriff des Eigenthums; ArchZivPr. 78 (1892) 389 ff.
- Pininski Leo*: Begriff und Grenzen des Eigenthumsrechts nach römischem Recht; Wien 1902.
- Planck/Brodmann/Strecker*: Kommentar zum BGB nebst Einführungsgesetz; Bd. III: Sachenrecht; 5. A.; Berlin und Leipzig 1933.
- Planiol*: Du fondement de la responsabilité; Rev. crit. 1905, 277 ff., 1906, 80 ff.
- Planiol/Ripert*: Traité élémentaire de droit civil; 3 Bde.; 2.—4. A.; Paris 1947/48.
- Plattner J.*: Justiz und Verwaltung als Rechtsquelle; ZblStGV. 50 (1949) 62 ff.
- Prax André*: Propriété et jurisprudence; Diss. Montpellier 1933.
- Protokoll der Expertenkommission für die Bearbeitung des schweiz. Civilgesetzbuches*; 1902.
- Protokoll der Kommission des Nationalrates* über die Beratung des Schweiz. Obligationenrechtes in 14 Sitzungen vom 15. 6.—24. 11. 1909.
- Pütter Karl Theod.*: Die Lehre vom Eigenthum nach Deutschen Rechten, aus den Quellen dargestellt und mit den Römischen Rechtsgrundsätzen verglichen; Berlin 1831.
- Radbruch Gustav*: Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung; ArchSoz. 22 (1906) 359 ff.
- Rechtsphilosophie; 4. A.; Stuttgart 1950.
- Randa Anton von*: Das Eigentumsrecht mit besonderer Rücksicht auf die Werthpapiere des Handelsrechts nach oesterreichischem Recht; 2 Bde.; 2. A.; Wien 1893.
- Die Schadenersatzpflicht nach oesterreichischem Rechte; Wien 1907.
- Reichel Hans*: Gesetz und Richterspruch; Zürich 1915.
- Reinhard*: Ueber das Recht des Eigenthümers, gegenüber dem Nachbarrecht und dem Recht auf Entschädigung; ArchZivPr. 30 (1847) 216 ff.
- Rensing Franz*: Die Widerrechtlichkeit als Schadenersatzgrund nach schweizerischem Obligationenrechte und dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich; Index lectionum quae in universitate Friburgensi habebuntur; Freiburg 1892.
- Richard Albert*: Remarques sur les mots «d'une manière illicite» de l'article 41 CO; Recueil de Travaux de la Faculté de Droit de l'université de Genève, 299 ff; Genf 1938.
- Riehl*: Ueber Immissionsprozesse; GruchBeitr. 51 (1907) 142 ff.
- Riese Otto*: Luftrecht; Stuttgart 1949.

- Etude sur les fonctions du droit civil comparé et son enseignement en Suisse; Mélanges François Guisan, 167 ff.; Lausanne 1950.
- Ripert G.*: De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines; Diss. Aix 1902.
- La règle morale dans les obligations civiles; 2. A.; Paris 1935.
- Roemer Rudolf*: Der Rechtsschutz gegen Störung von Eigentum und Besitz sowie gegen Grundeigentumsüberschreitung; Diss. Bern 1948.
- Roguin Ernst*: La règle de droit; Lausanne, Paris u. Leipzig 1889.
- Roos G.*: Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des bernischen Staatsbeamten und die Haftung des Staates; ZbJV 75 (1939) 322 ff., 377 ff.
- Rossel et Mentha*: Manuel du Droit Civil Suisse; Bd. 2; 2. A.; Lausanne und Genf (ohne Jahrzahl).
- Roth Fritz*: Grundeigentum und Immissionen; Diss. Würzburg 1905.
- Rothenhäusler Carl*: Die Verantwortlichkeit des Grund- und Werkeigentümers nach schweiz. Zivilrecht (ZGB 679; OR 58, 59); Diss. Zürich 1919.
- Rümelin Gustav*: Juristische Begriffsbildung; Leipzig 1878.
- Werturteile und Willensentscheidungen im Civilrecht; Freiburg i. B. 1891.
- Rümelin Max*: Der Vorentwurf zu einem schweiz. Zivilgesetzbuch; Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, 25 (1901) 835 ff., 1523 ff.
- Rutsaert Joseph*: Le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle; Brüssel u. Paris 1930.
- Savatier René*: Traité de la responsabilité civile en droit français; 2 Bde.; Paris 1939.
- Savigny Friedr. Carl von*: System des heutigen römischen Rechts; 8 Bde.; Berlin 1840—51.
- Schaerer Max*: Haftpflicht und Schadenersatz; Bern 1940.
- Schiffer Heinz*: Immissionen. Ein Beitrag zur Neugestaltung des Nachbarrechts; ZAkad. d. R. 1936, 1076 ff.
- Schindler Dietrich*: Recht und Staat; ZSR NF 50 (1931) 219 a ff.
- Verfassungsrecht und soziale Struktur; 2. A. (die 3. A., Zürich 1950, ist gänzlich unverändert); Zürich 1944.
- Recht, Staat, Völkergemeinschaft. Ausgewählte Schriften und Fragmente aus dem Nachlass; Zürich 1948.
- Schlegel Hans*: Die Immissionen des Art. 684 ZGB in ihrem Verhältnis zu den zürcherischen kantonalen Eigentumsbeschränkungen; Diss. Zürich 1949.
- Schlossmann*: Ueber den Begriff des Eigentums; JheringsJ. 45 (1903) 289 ff.
- Schlumberger Raymond*: La responsabilité délictuelle en matière immobilière; Diss. Strassburg 1934.
- Schmidt Rudolf*: Der negatorische Beseitigungsanspruch; Stuttgart 1924.
- Schnitzer Adolf F.*: Vergleichende Rechtslehre; Basel 1945.
- Sell Karl*: Römische Lehre des Eigentums; 2. A.; Bonn 1852.
- Simonius August*: Neuere Methodenlehre und Rechtsphilosophie in Frankreich; ZSR 48 (1929) 1 ff.
- Soergel Hs. Th.*: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz; 6. A.; Stuttgart, Leipzig u. Berlin 1937.

- Spangenberg*: Einige Bemerkungen über das Nachbarrecht; ArchZivPr. 9 (1826) 265 ff.
- Specker Karl*: Die Persönlichkeitsrechte mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht; Diss. Zürich 1910.
- Spitzer Julius*: Der Schutz des Mieters gegen Immissionen nach bürgerlichem Recht; Diss. Jena 1911.
- Stammler Rudolf*: Die Lehre von dem richtigen Rechte; Berlin 1902.
- Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft, in «Die Kultur der Gegenwart», hg. von Paul Hinneberg; Berlin u. Leipzig 1906.
- Starck B.*: Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée; Diss. Paris 1947.
- Stark Emil W.*: Beitrag zur Theorie der Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht; Diss. Zürich 1946.
- Die persönliche direkte Haftpflicht von Militärpersonen für Unfälle im Militärdienst; SJZ 44 (1948) 349 ff.
- Staudinger/Engelmann*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil; München, Berlin u. Leipzig 1929.
- Staudinger/Kober*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Bd. III: Sachenrecht; 10. A.; München, Berlin u. Leipzig 1935.
- Stauffer W.*: Einige Gedanken zu Art. 1 ZGB; ZbJV 87 (1951) 1 ff.
- Stefani Pierre*: La nature de la responsabilité en matière de troubles de voisinage; Diss. Montpellier 1941.
- Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung*, namentlich Jahrg. XVI (1906).
- Tobler Hans*: Zur Schadenersatzpflicht des Grundeigentümers aus Ueberschreitung seines Eigentumsrechtes nach dem schweiz. Zivilgesetzbuch; SJZ 6, 60 ff.
- Tuhr Andreas von*: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts; 3 Bde.; Leipzig 1910—18.
- v. Thur/Sieewart*: Allgemeiner Teil des Schweiz. Obligationenrechts; 2 Bde.; 2. A.; Zürich 1942.
- Unger*: Zur Lehre vom oesterreichischen Nachbarrecht; GrünhutsZ. 13 (1886) 715 ff.
- Verdross-Drossberg Alfr.*: Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie; 2. A.; Wien 1948.
- Von der Mühl Peter*: Voraussetzungen und Umfang der Lufthaftpflicht gegenüber Drittpersonen; Basel 1950.
- Vorentwurf des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes* zu einem Schweiz. Zivilgesetzbuch; Bern 1900.
- Vorentwurf des Eidg. Justiz- und Polizeidepartementes* redigiert nach den Beschlüssen der Zivilrechtskommission und vervielfältigt für deren Mitglieder; 1903.
- Warneyer Otto*: Kommentar zum BGB für das Deutsche Reich; 2. A.; Tübingen 1930.
- Wattenwyl Robert von*: Die Rechtswidrigkeit in Zivil- und Strafrecht; ZSR 48 (1929) 414 ff.
- Wegmann Karl*: Das Gemeinwesen als Nachbar; Diss. Bern 1941.
- Weiss Egon*: Institutionen des römischen Privatrechts als Einführung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart; 2. A.; Basel 1949.
- Weiss G.*: Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweiz. Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht; Zürich (zit. mit Entscheidungsnummern).

- Werenberg W.*: Ueber die Collision der Rechte verschiedener Grundeigenthümer: JheringsJ. 6 (1863) 1 ff.
- Wieland Karl*: Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch; Bd. IV: Sachenrecht; Zürich 1909.
- Die historische und die kritische Methode in der Rechtswissenschaft; Leipzig 1910.
- Windscheid/Kipp*: Lehrbuch des Pandektenrechts; 3 Bde.; 9. A.; Frankfurt a.M. 1906.
- Wittgenstein Fritz von*: Die Beschränkung des Eigentums nach BGB § 906; Diss. Rostock 1906.
- Wundt Wilhelm*: Allgemeine Logik und Erkenntnistheorie; 3 Bde.; 4./5. A.; Stuttgart 1921—24.
- Zitelmann E.*: Luftschiffahrtrecht; NiemeyersZ. 19 (1909) 458 ff.
- Zwahlen Henri*: Du droit des voisins à l'observation des règles de police des constructions; Mélanges François Guisan, 325 ff.; Lausanne 1950.

(Die Literatur ist im wesentlichen bis Ende 1950, teilweise bis Ende 1951 nachgeführt.)

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

A	=	Auflage
a. A.	=	anderer Ansicht
a. a. O.	=	am angeführten Ort
Abh.	=	Abhandlung
Abschn.	=	Abschnitt
AG	=	bis 1946: Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtssprechung, hg. vom Obergericht des Kantons Aargau; seit 1947: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide.
ALR	=	Preussisches Allgemeines Landrecht, von 1794
a. M.	=	anderer Meinung
aOR	=	Schweizerisches Obligationenrecht vom 14. Juni 1881.
AR	=	Appenzell A.-Rh.: Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege (Obergericht)
ArchBürgR.	=	Archiv für bürgerliches Recht (Berlin 1889 ff.).
ArchSoz.	=	Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik
ArchZivPr.	=	Archiv für zivilistische Praxis (Heidelberg/Tübingen 1818 ff.)
Art.	=	Artikel
BBl.	=	Bundesblatt
Bd.	=	Band
begr.	=	begründet
betr.	=	betreffend
BG	=	Bundesgesetz
BGE	=	Bundesgerichtsentscheid, zit. nach der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich, vom 18. August 1896.

BL	=	Baselland: Amtsbericht des Obergerichts
BIZR	=	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich 1902 ff.)
BS	=	Baselstadt: Entscheidungen des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt
BV	=	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
C. c.	=	Code civil français
ders.	=	derselbe
dh.	=	das heisst
Diss.	=	Dissertation, thèse
DJT	=	Verhandlungen des . . deutschen Juristentages (Berlin 1860 ff.)
E.	=	Erwägung
EG	=	Einführungsgesetz
EHC	=	Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Post, vom 28. März 1905
ELG	=	Bundesgesetz über die elektrischen Stark- und Schwachstromanlagen, vom 24. Juni 1902
ff.	=	und folgende
FHG	=	Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, vom 25. Brachmonat 1881
FR	=	Fribourg: Extraits des principaux arrêts rendus par les divers sections du Tribunal cantonal
GL	=	Glarus: Amtsbericht des Obergerichtes über die Rechtspflege
gl. M.	=	gleicher Meinung
GO	=	Gewerbeordnung für das deutsche Reich, von 1900
GR	=	Graubünden: bis 1933: Zivilurteile des Kantonsgerichtes Graubünden; 1934—1941: Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Graubünden; seit 1942: Die Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden
GruchBeitr.	=	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begr. von Gruchot (Hamm 1857—64, Berlin 1865 ff.)
GrünhutsZ.	=	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begr. von Grünhut (Wien 1874 ff.)
hg.	=	herausgegeben
i. e. S.	=	im engern Sinn
insbes.	=	insbesondere
JheringsJ.	=	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Jena 1857 ff.)
JdT	=	Journal des tribunaux et revue judiciaire (Lausanne 1854 ff)
JW	=	Juristische Wochenschrift (Berlin 1888 ff.)
i. w. S.	=	im weitem Sinn
KUVG	=	Bundesgesetz für die Kranken- und Unfallversicherung, vom 13. Juni 1911
LFG	=	Bundesgesetz über die Luftfahrt, vom 21. Dezember 1948
L.U	=	Luzern: Obergericht, Sammlung grundsätzlicher Entscheidungen und Maximen

LVO	= Bundesratsbeschluss betreffend die Ordnung des Luftverkehrs in der Schweiz, vom 27. Januar 1920
m. a. W.	= mit andern Worten
m. E.	= meines Erachtens
MFG	= Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr, vom 15. März 1932
MO	= Militärorganisation der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vom 12. April 1907
N	= Note (im weitesten Sinne, nicht nur für «Fussnote» verwendet)
NF	= neue Folge
NiemeyersZ.	= Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht, hg. von Niemeyer (Leipzig 1890 ff.)
OG	= Bundesgesetz betr. die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
OR	= Bundesgesetz über das Obligationenrecht, vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
resp.	= respektive
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rev. crit.	= Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. trim.	= Revue trimestrielle de droit civil
S.	= Seite
Sächsarch.	= Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozess (Leipzig 1891 ff.)
Schweiz.	= Schweizerisch
Semjud.	= La Semaine judiciaire (Genève 1879 ff.)
SeuffBl.	= Blätter für Rechtsanwendung, begr. von Seuffert
SeuffArch.	= J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (München 1849 ff.)
SG	= St. Gallen: Entscheidungen des Kantonsgerichtes
SJK	= Schweizerische Juristische Kartothek (Genf 1941 ff.)
SJZ	= Schweizerische Juristenzeitung (Zürich 1905 ff.)
sog.	= sogenannt
StGB	= Schweizerisches Strafgesetzbuch, vom 21. Dezember 1937
SZ	= Schwyz: Rechenschaftsbericht des Kantonsgerichtes
SZStr.	= Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, gegr. von C. Stoops (Bern 1888 ff.)
TC	= Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau
u. a.	= und andere
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, hg. von Schulzenstein und Keil (Berlin 1893 ff.)
vgl.	= vergleiche
VVG	= Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, vom 2. April 1908
ZAkad.d.R.	= Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
z. B.	= zum Beispiel
ZbJV	= Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern 1865 ff.)
ZblStGV.	= Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich 1899 ff.)

ZG	=	Rechenschaftsberichte des Obergerichts des Kantons Zug
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907
zit.	=	zitiert
ZSR	=	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (NF Basel 1882 ff.)
z. T.	=	zum Teil

1. KAPITEL

Die Aufgabe

§ 1. Aufgabe und Methode

Die Aufgabe dieser Arbeit besteht in der Abklärung des Wesens der Grundeigentümerhaftpflicht des schweizerischen Rechts, die durch Art. 679 ZGB folgendermassen umschrieben wird:

«Wird jemand dadurch, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, geschädigt oder mit Schaden bedroht, so kann er auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen».

Man könnte die Frage aufwerfen, ob die Behandlung dieses Themas in einer speziellen Monographie gerechtfertigt sei, nachdem schon in verschiedenen Publikationen eingehende Ausführungen darüber gemacht worden sind.

Wir müssen die Beantwortung dieser Frage auf § 2 verschieben, um Wiederholungen zu vermeiden. Sie kann und muss sich aus der Prüfung der bisherigen Judikatur und der bereits vorliegenden Literatur ergeben. Dort soll sich zeigen, dass noch praktische und theoretische Schwierigkeiten bestehen, die eine Behandlung der Grundeigentümerhaftpflicht rechtfertigen, ja, als notwendig erscheinen lassen.

1. Die Behandlung eines wissenschaftlichen Problems setzt voraus, dass man sich über den dabei einzuschlagenden Weg im klaren sei. Sie verlangt also mit andern Worten die bewusste Wahl einer Methode. Nur auf der Grundlage einer genauen Kenntnis der angewandten Methode kann man ernsthaft wissenschaftlich arbeiten,¹⁾ weil sie allein die richtige Qualifikation der erzielten Resultate erlaubt. Ich muss wissen, ob ich erkennen oder urteilen will, ob ich Werturteile fälle oder logische Schlüsse ziehe.

2. Massgebend für die Wahl einer einzuschlagenden Methode kann nur die gestellte Aufgabe sein.²⁾ Wir müssen also in erster Linie

¹⁾ Vgl. Karl Jaspers, Vom Ursprung und Ziel der Geschichte, Zürich 1949, S. 109; Brütt 2; Egger N 5 zu ZGB 1; Schindler, Verfassungsrecht 3.

²⁾ Vgl. Schindler, ZSR 50, 221 a; Verfassungsrecht 3; Wundt I 8; Egger, Rechtsprechung 47.

versuchen, uns über unsere Aufgabe und deren Qualifikation klar zu werden.

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist eine Norm des ZGB. Es kann sich aber selbstverständlich nicht darum handeln, das Bestehen dieser Norm, resp. ihren Wortlaut, festzustellen, zu erkennen. Die Erkenntnis der Existenz einer gesetzten Norm bietet überhaupt keine Schwierigkeiten³⁾. Problematisch ist nicht die Existenz, sondern die Bedeutung der Norm und die daraus zu ziehenden Folgerungen.

Es fragt sich hier vor allem, ob diese Bedeutung des Wesens der Rechtsnorm von uns erkannt werden könne. Erkenntnis ist nur möglich in bezug auf objektiv ausser uns existierende, an-sich-seiende Sachverhalte⁴⁾. Wenn die Tragweite der Norm aber nicht unabhängig von der juristischen Bearbeitung existiert, kann sie nicht erkannt werden. Die wissenschaftliche Arbeit muss sie dann erst aufbauen und festlegen, dh. sie muss zwischen verschiedenen Möglichkeiten wählen, Urteile fällen⁵⁾. Grundlage der Urteile werden auch erkannte Tatsachen sein; das Urteil selbst beruht aber nicht auf einem Erkennen, sondern auf einem Entscheiden.

Die Bedeutung, die Art. 679 ZGB im heutigen Rechtsleben der Schweiz beigelegt wird, stellt einen objektiv existierenden Sachverhalt dar, nach dem gefragt und der festgestellt, erkannt werden kann. Diese Erkenntnis bildet aber nicht den Gegenstand der vorliegenden Arbeit⁶⁾. Wir fragen vielmehr nach der Bedeutung, die der erwähnten Norm zukommen soll, die ihr richtigerweise zukommt.

Bildet dieses Sollen, diese Richtigkeit, Gegenstand unserer Erkenntnis oder unserer Entscheidung⁷⁾?

Die Beantwortung dieser Frage ist nur möglich auf Grund eines kurzen Exkurses in das Gebiet der Rechtsphilosophie. Wir

³⁾ Andere Verhältnisse bestehen bei nicht-gesetzten Normen, die z. B. dem Wohnheitsrecht angehören.

⁴⁾ Vgl. Laun, Satz 22/23.

⁵⁾ Kelsen 98. Es ist eine für unsere Arbeit irrelevante Frage, ob wir hier noch von Wissenschaft sprechen wollen oder nicht.

⁶⁾ Wir werden uns in § 2 zwar auch mit diesem Punkt befassen, aber nur im Sinne einer Vorbereitung.

⁷⁾ Vgl. Stammler, richtiges Recht, 3/4.

müssen nach dem Wesen des Rechts fragen und nach seinem Verhältnis zu andern normativen Ordnungen ⁸⁾).

3. Eines scheint kaum bestritten zu sein ⁹⁾): Dass das Recht sich aus Normen zusammensetzt, die sich auf das menschliche Verhalten beziehen, dh. aus Vorschriften ¹⁰⁾ — und nicht etwa aus beschreibenden Äusserungen ¹¹⁾. Es handelt sich nach der herrschenden Auffassung also um eine normative Ordnung, womit sich sofort die weitere Frage erhebt, durch welche Merkmale sich das Recht von andern normativen Ordnungen unterscheide.

Wenn das Recht Normen für das Verhalten von Menschen aufstellt, müssen wir es gegenüber den andern das Verhalten der Menschen betreffenden Normen abgrenzen, dh. gegenüber der Sitte und namentlich der Ethik. Viele Autoren sehen die entscheidenden Merkmale darin, dass das Recht sich nicht an das Innere des Menschen, seine Gesinnung und seine Motive, wendet, sondern im wesentlichen nur an sein äusseres Verhalten ¹²⁾, und namentlich, dass zu seiner Durchsetzung die staatliche Macht zur Verfügung steht ¹³⁾ ¹⁴⁾. Mit dieser letzteren Komponente gehört das Recht der Welt des Seins an, während man es insoweit, als es als Norm erscheint, zur Welt des Sollens zählen kann.

⁸⁾ Da es sich dabei im Verhältnis zur gestellten Aufgabe aber nur um eine Vorfrage handelt, müssen wir uns auf einen kurzen Abriss beschränken und können in Anbetracht der Weitläufigkeit des Problems nur einen kleinen Teil der Literatur anführen.

⁹⁾ Vgl. Laun, Recht 3; Schindler, Verfassungsrecht 16; vgl. hinten vor N 64.

¹⁰⁾ Kelsen betrachtet allerdings die Rechtsnorm im Gegensatz zur ethischen Norm nicht als Imperativ, sondern als hypothetisches Urteil, «das die spezifische Verknüpfung eines bedingenden Tatbestandes mit einer bedingten Folge ausdrückt.» Vgl. S. 21 ff. und Laun, Satz 292.

¹¹⁾ Vgl. Esser 138 ff., 187.

¹²⁾ Vgl. Huber, Recht 42 ff., 77; Stammler, richtiges Recht 53; Schindler, ZSR 50, 234 a weist darauf hin, dass dieser Unterschied nicht allgemein und notwendig zutrifft.

¹³⁾ Vgl. Roguin 102; Huber, Recht 46, 77, Das Absolute 31/32; Jhering, Zweck I 249 ff.; Burckhardt, Methode 56, Organisation 172, ZSR 50, 141 a ff., wo auch betont wird, dass die Moral im Gegensatz zum Recht keine generellen Normen aufstellt. Vgl. auch Germann 54; Schindler, ZSR 50, 245 a.

¹⁴⁾ Brütt 8 sieht den Unterschied demgegenüber darin, dass die rechtlichen Gebote unbedingt, kategorisch seien, während sich Sitte und Moral mit hypothetischen Imperativen begnügen müssten. Vgl. dazu Stammler, Wesen XXIII; Wundt III 578/79 betrachtet den Zwangscharakter, den ethischen Gehalt und die Anerkennung der Normen durch die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft als nebensächliche Merkmale; vgl. aber auch III 590. Ueber Kelsen vgl. vorne N. 10. Baumgarten 20 sieht im Zwang nur ein naturale, nicht ein essentielle des Rechts.

4. Die formale Abgrenzung der rechtlichen Norm von der ethischen Norm ist nur notwendig, wenn die rechtliche Bestimmung nicht nur eine Verhaltensvorschrift darstellt, sondern auch inhaltlich mit den Geboten der Ethik übereinstimmt.

Diese Frage ist erfahrungsgemäss häufig zu bejahen ¹⁵⁾).

Es fragt sich daher im weiteren, ob diese Uebereinstimmung ein Merkmal des Wesens des Rechts darstelle, dh. ob eine den Geboten der Ethik widersprechende oder wenigstens in bezug auf sie neutrale Norm nicht mehr als Rechtsnorm anzusehen sei ^{15a)}).

Die Anschauung der praktischen Wirklichkeit, dh. die Erfahrung, zeigt uns, dass eine solche inhaltliche Umschreibung des Wesens des Rechts als lebensfremd anzusehen und mit dem Sprachgebrauch nicht vereinbar wäre. Die Rechtswirklichkeit ist anders. Sie kennt viele Normen, die ethisch indifferent sind. — ganz abgesehen von denjenigen Gesetzen totalitärer Staaten, die mit der Ethik im Widerspruch stehen.

Nun lehrt uns zwar *Burckhardt*, dass es einer der gemeinsten Irrtümer der philosophierenden Rechtswissenschaft sei, den Begriff des Rechts aus dem geltenden Recht zu abstrahieren ¹⁶⁾. Aber auch er anerkennt, dass es unrichtiges Recht gibt ¹⁷⁾ und dass es unmöglich ist, die Uebereinstimmung zwischen der Ethik und dem Recht als Voraussetzung der Geltung des letzteren aufzustellen ¹⁸⁾.

Wir kommen auf Grund dieser vorbereitenden Ueberlegungen zum Schlüsselpunkt für das Verständnis des Wesens des Rechtes: In welchem Verhältnis steht der Inhalt des Rechts zum Wesen des Rechts?

5. Bevor wir zu dieser Frage der inhaltlichen Bestimmung des Rechts Stellung nehmen, sei kurz auf einige der wichtigsten in der Literatur vertretenen Auffassungen hingewiesen.

a) Der Rechtspositivismus erkennt der Frage nach dem Inhalt des Rechts überhaupt keine grundsätzliche Bedeutung zu. Recht ist nur das positive Recht. Nach dieser Lehre wird der Inhalt der Rechts-

¹⁵⁾ Vgl. Huber, Das Absolute 34.

^{15a)} Vgl. Schindler, Verfassungsrecht 53.

¹⁶⁾ Methode 38; vgl. auch Radbruch 107.

¹⁷⁾ dh., dass die Unrichtigkeit einer Norm deren rechtliche Natur nicht vernichtet. Er begründet dies unter Hinweis auf Stammler damit, dass eine Norm dem logischen Begriff des Rechts entsprechen könne, auch wenn sie zu der von praktischen Anforderungen bedingten Idee des Rechts in Widerspruch stehe und betont im weiteren, dass es eine terminologische Frage sei, ob man die ethischen Merkmale in den Begriff des Rechts einbeziehen wolle oder nicht; vgl. Methode 51.

¹⁸⁾ Organisation 185/86.

norm nur bestimmt durch das Interesse der souveränen Macht und ist unabhängig von ethischen und andern ausserrechtlichen Normen¹⁹⁾.

Von unserer Fragestellung aus müssen wir in diesem Zusammenhang auch die reine Rechtslehre von *Hans Kelsen* erwähnen, für die «die Möglichkeit der Geltung einer über dem positiven Recht stehenden Ordnung» ausser Diskussion bleibt²⁰⁾. *Kelsen* anerkennt allerdings, dass die Gerechtigkeit ein absoluter Wert ist, der aber nicht rational erkannt werden könne und daher in seiner reinen Rechtslehre keinen Platz habe.

b) *Rudolf Stammler* lehnt in seiner berühmten Lehre vom richtigen Recht einen inhaltlichen Masstab, an dem das positive Recht gemessen und gestützt darauf seine Richtigkeit geprüft werden könnte, ab. Er stellt nur eine formale Methode auf, die erlauben soll, die Richtigkeit des Rechts festzustellen²¹⁾, dh. die Uebereinstimmung einer Norm mit dem Grundgedanken des Rechts²²⁾. Aber auch mit dieser formalen Methode kommt *Stammler* — gewissermassen *contre cœur* — mindestens an die Grenze der inhaltlichen Bestimmung der Richtigkeit²³⁾.

c) Auch *Walter Burckhardt*, der seine «Organisation der Rechtsgemeinschaft» *Rudolf Stammler* gewidmet hat, lehnt einen äusseren Massstab der Richtigkeit ab²⁴⁾. Er anerkennt eine «Idee des Rechts», die er formal versteht und bei deren Fehlen er der Norm die Verbindlichkeit aberkennt, sodass sie zu einem blossen tatsächlichen Befehl herabsinke²⁵⁾. Diese Idee des Rechts betrachtet dabei *Burckhardt* als eine Grundidee, die nicht weiter bestimmt werden könne und die jeder Mensch als Masstab in mehr oder weniger deutlicher Gestalt in sich trage, sodass sein Rechtsgewissen in der Lage sei, die Entscheidung über die Richtigkeit einer Norm zu fällen²⁶⁾. Dieses Rechtsgewissen des Einzelnen darf aber nicht verwechselt werden mit einem allgemeinen Rechts-

¹⁹⁾ Vgl. Esser 85 ff.; Verdross-Drossberg 22; Nef, Richtigkeit 136; Haug 12 ff.; Laun, Satz 313; Hirsch-Ballin, ZSR 66, 134 ff.

²⁰⁾ Kelsen 21 ff.; 38. Vgl. dazu Schindler, Verfassungsrecht 3, ZSR 50, 224 a ff.; Schnitzer 27/28.

²¹⁾ Vgl. richtiges Recht 50, 202.

²²⁾ Richtiges Recht 15; vgl. Binder 163, Brunner 101. —

²³⁾ Vgl. Nef, Richtigkeit 134; Haug 213. Vgl. über *Stammlers* Lehre ausserdem Brütt 120; Heck, Rechtsgewinnung 24/25; Laun, Satz 34/35; Schindler ZSR 50, 222 a ff.; Radbruch 116/17 und viele andere.

²⁴⁾ Organisation 242.

²⁵⁾ Vgl. Methode 51 ff., Organisation 186, ZSR 50, 195 a.

²⁶⁾ Vgl. ZSR 50, 209 a, Organisation 243/244; vgl. dazu Häberlin ZSR 66, 395/96.

gefühl der Mehrheit, weil etwas nicht deshalb richtig sein kann, weil die Mehrheit es als richtig betrachtet ²⁷⁾).

d) Während *Burckhardt* an das Rechtsgewissen appelliert, stellt *Eugen Huber* auf das vernünftige Bewusstsein ab, in dem die Idee des Rechts liege ²⁸⁾. Er kommt zum Schluss, dass die Idee selbst als solche nicht konkret gestaltet werden könne ²⁹⁾ und lehnt es ab, utilitaristische Erwägungen als Grundlage der Rechtsidee anzunehmen; denn die Rechtsidee basiere nicht auf einem äusseren Zweck ³⁰⁾. *Huber* geht leider nur kurz auf die uns hier beschäftigende Frage ein, weshalb die Vernunft die Befolgung der Ideen verlange und findet die Antwort in der Anerkennung eines Gebotes höherer Ordnung, das hinter aller Bedürfnisbefriedigung stehe und den Menschen zum Richtigen anleite ³¹⁾. Es ergibt sich daraus zwar nicht deutlich, aber doch andeutungsweise, dass *Huber* die Existenz einer transzendenten höheren Ordnung und damit eines äusseren Massstabes anerkennt.

Auch *Esser* stellt auf das Rechtsgefühl ab, das auf dem Rechtsbewusstsein und damit auf dem Gewissen beruht, dh. nicht auf Erfahrung, sondern auf Anschauung. Daneben nennt er als Erkenntnismittel auch die Rechtswissenschaft, die er dabei als systematische Ordnung und Kontrolle des positiven Rechts und des darin traditional vererbten Rechtsgewissens umschreibt ³²⁾. Er leitet die Verbindlichkeit des Rechts auch aus der Rechtsidee ab, der er im Sinne des philosophischen Realismus «(die tiefste) Realität des Seins» zuerkennt ³³⁾. Für ihn bilden also auch die ansichseienden Werte einen materiellen Massstab für die Richtigkeit des Rechts.

e) Die beiden letzterwähnten Autoren können als Vertreter der materialen Rechtslehre bezeichnet werden, zu deren Entwicklung *Dietrich Schindler* einen überragenden Beitrag geleistet hat.

Schindler geht bei seinen Ueberlegungen davon aus, dass das Recht sowohl zur Sphäre des Seins als auch zur Sphäre des Sollens gehöre, unter der er eine ansichseiende Wertordnung versteht ³⁴⁾. Wir können

²⁷⁾ ZSR 50, 214a; vgl. *Esser* 6.

²⁸⁾ Das Absolute 13, Recht 38 und 394, wo *Huber* das Rechtsbewusstsein als das lebendige Bewusstsein von dem was sein soll, umschreibt.

²⁹⁾ Das Absolute 42.

³⁰⁾ Recht 99; vgl. auch *Burckhardt* ZSR 50, 207a/208a; a. M. *Jhering*, Zweck II 179.

³¹⁾ Recht 100/01.

³²⁾ 31.

³³⁾ 4; vgl. auch 5/6 und 32.

³⁴⁾ Recht 76; vgl. *Haug* 17; *Nef*, Richtigkeit 137; *Esser* 43, 48.

daher das Recht unter diesen beiden grundverschiedenen Aspekten — als Sein oder Sollen — betrachten, wobei wir notwendigerweise zu ganz verschiedenen Resultaten gelangen. Diese Resultate sind aber einseitig, weil wir nicht das Recht als Ganzes berücksichtigen, sondern nur eine Seite davon. Diese Einseitigkeit wird selbstverständlich von denjenigen Juristen bestritten, die den dualistischen Charakter des Rechts leugnen und es nur als Sein oder nur als Sollen betrachten. Die soziologische Jurisprudenz ³⁵⁾ stützt ihre Erkenntnis auf die Erfahrung, die Seins-Komponente des Rechts, während die Vertreter der neukantischen Rechtsphilosophie und ihre Nachfolger das Recht nicht als eine Tatsache des natürlichen Geschehens, sondern als Postulat der Vernunft auffassen, das verwirklicht werden solle ³⁶⁾.

Schindler sieht die Möglichkeit der Ueberwindung der Differenzen zwischen den beiden Schulen in der dialektischen Auffassung des Rechts ³⁷⁾. Danach wird die Antinomie zwischen Sein und Sollen im Recht nicht geleugnet und auch nicht versucht, sie aufzulösen. Sie wird vielmehr dialektisch überwunden, indem man das Recht unter beiden Gesichtspunkten zugleich und trotzdem als Einheit betrachtet.

Gestützt auf diese hier ganz kurz wiedergegebenen Ueberlegungen kommt *Schindler* zum Schluss, dass das Recht formal sowohl das Moment der Normativität wie dasjenige der Macht umschliesse, während es inhaltlich als Norm von ethischen Forderungen, als Seins-Moment aber von vitalen Bedürfnissen bestimmt werde. Er betont dabei, dass die formalen und inhaltlichen Seins-Momente einerseits und die Sollensmomente andererseits häufig in einem Gegensatz zueinander stehen, nach verschiedenen Richtungen tendieren. Das positive Recht stellt dann die Resultante zwischen diesen verschiedenen Kräften dar ³⁸⁾. Neben den von *Schindler* in seinem Referat zum Schweizerischen Juristentag 1931

³⁵⁾ Vgl. *Schindlers* Zusammenfassung der neueren Richtungen der Rechtsphilosophie in ZSR 50, 222a ff. und über die Soziologie auch Burckhardt, Methode 43 ff., 281; Esser 4/5; Schnitzer 28/29.

Betreffend die Interessenjurisprudenz vgl. Heck, Rechtsgewinnung 29 ff., der die Gebotsvorstellungen des positiven Rechts auf das Ineinandergreifen der Begehrungsdispositionen zurückführt; Ehrlich, ArchZivPr. 115, 251 ff.; Jhering, Zweck 1 289/90.

³⁶⁾ Vgl. Burckhardt, Methode 33/34.

³⁷⁾ Vgl. Verfassungsrecht 7, ZSR 50, 238a ff.; Esser 48 spricht vom doppelten Gesicht der Rechtswissenschaft.

³⁸⁾ Diese Ausdrucksweise wird auch von Heck, Gesetzesauslegung 17 verwendet. Vgl. im übrigen auch Häberlin, ZSR 66, 404 05; *Schindler*, Verfassungsrecht 35 36.

über Recht und Staat ³⁹⁾ erwähnten Autoren wird diese Lehre namentlich auch von *Nef* ⁴⁰⁾ und *Haug* ⁴¹⁾ vertreten. *Nef* betont dabei den Unterschied zum materialen Relativismus *Radbruchs*, der zwar auch auf materiale Maßstäbe abstellt. *Radbruch* gesteht diesen Maßstäben aber nur relative Gültigkeit zu, da sie von der Wert- resp. Weltanschauung abhängig seien, die ihrerseits «nicht Sache objektiver Erkenntnis, sondern Sache des Bekenntnisses seien ⁴²⁾».

f) Von ganz andern Ausgangspunkten aus kommt *Laun* zu seiner autonomen Rechtsauffassung, einer Benennung, die wir unabhängig von ihm auch bei *Germann* ⁴³⁾ treffen.

Laun ⁴⁴⁾ geht bei seiner Argumentation von *Kants* Unterscheidung zwischen den hypothetischen und kategorischen Imperativen aus, wobei das Recht zu den hypothetischen gehört. Diese gebieten eine Handlung als Mittel zu einem Zweck, die Befolgung der Rechtsnorm als Mittel zur Vermeidung der an ihre Verletzung geknüpften Sanktion, während der kategorische Imperativ ein Verhalten vorschreibt, weil es an sich gut ist, also ohne Beziehung zu einem Zweck. Da die Beziehung Mittel-Zweck auf dem Kausalgesetz beruht ⁴⁵⁾, das seinerseits nicht der Welt des Sollens, sondern der Welt des Seins angehört, kommt *Laun* zum Schluss, dass die hypothetischen Imperative und damit die positiven Rechtsnormen gar keine Soll-Vorschriften sind. Sie sind heteronom, dh. sie werden von einem fremden Willen gesetzt, während das verbindliche Sollen, wie *Kant* erkannt hat, nur autonom sein kann ⁴⁶⁾. Sie stellen ein bedingtes Müssen, nicht aber ein Sollen dar; denn ich muss die Rechtsnorm nur befolgen, wenn ich die Sanktion nicht erleiden will. Dieses bedingte Müssen gehört zur Sphäre des Seins, nicht aber zur Sphäre

³⁹⁾ ZSR 50, 219a ff; für das französische Recht vgl. die Zusammenstellung der verschiedenen neueren Auffassungen von Simonius, ZSR 48, 11 ff.

⁴⁰⁾ Richtigkeit 138.

⁴¹⁾ 12 ff., 203 ff.

⁴²⁾ *Nef* aaO. 135; vgl. *Radbruch* 91 ff, namentlich 100 und 102; *Huber*, Recht 412; *Jellinek*, Kampf 24.

⁴³⁾ Der Begriff der Verbindlichkeit, auf dem *Launs* ganzes System beruht, scheint aber von *Germann* ZSR 68, 432 doch wesentlich anders verstanden zu werden als von *Laun*. Wieder in ganz anderem Sinn spricht *Simonius*, ZSR 48, 27 von «autonom» Rechtswissenschaft.

⁴⁴⁾ Vgl. Recht 1 ff.

⁴⁵⁾ Vgl. auch *Laun*, Satz 101, 260.

⁴⁶⁾ Vgl. *Laun*, Satz 296/97, 305 ff.

des Sollens. «Das sog. positive Recht hat demnach gar kein Sollen zum Inhalt, sondern nur gegebenenfalls ein bedingtes Müssen⁴⁷⁾».

Diesen Schluss zieht *Laun* aber nur für das positive Recht. Das Recht als solches ist auch für ihn ein Sollen und damit notwendigerweise autonom⁴⁸⁾. Daher nennt er seine Lehre die autonome Rechtsauffassung und stellt sie in Gegensatz zur imperativen Rechtsauffassung, von der das Recht als heteronomes Sollen — was es nach *Laun* gar nicht geben kann — aufgefasst wird.

Die Lehre *Launs* basiert also auf einer scharfen Trennung zwischen dem autonomen Sollen, das allein den Menschen zu verpflichten vermag und das er als Recht bezeichnet und dem positiven Recht, das ein bedingtes heteronomes Müssen darstellt und daher zur Sphäre des Seins und nicht zu derjenigen des Sollens gehört⁴⁹⁾.

Laun bezeichnet die Positivität des Rechts als Tatsächlichkeit und muss daher das positive Recht vom übrigen tatsächlichen Geschehen abgrenzen. Die Unterscheidung findet er darin, dass das positive Recht den Werturteilen als Massenerscheinungen entspricht⁵⁰⁾.

Wir müssen für die weitere Ausgestaltung dieser Lehre auf die zitierten Publikationen verweisen. Es sei nur noch erwähnt, dass *Laun* für die Erkenntnis des autonomen Sollens, dh. des Rechts im Sinne seiner Ausführungen, auf das Rechtsgefühl, das Rechtsgewissen verweist. Er übersieht aber die Notwendigkeit des heteronomen Rechts nicht und sieht auch die Gefahr für Ruhe, Ordnung und Sicherheit, die entstehen müsste, wollte jeder auf Grund seines eigenen Rechtsgefühls für sich ein eigenes Sollen, ein eigenes Recht in Anspruch nehmen. Da das Rechtsgefühl aller Menschen aber Ausdruck der Erkenntnis der gleichen transzendenten Wertordnung ist, ist das Sollen mindestens eines Teils der Menschen bei gleichem Tatbestand inhaltlich gleich⁵¹⁾. Wir kommen also zu einer relativ allgemein gültigen Werterkenntnis, der das positive Recht entsprechen muss, wenn es sich halten will⁵²⁾. Eine weitere Stütze des positiven Rechts liegt in der Anerkennung der staatlichen Ordnung, aus der sich die Verpflichtung zur Anerkennung auch solcher Werturteile der staatlichen Funktionäre ergibt, die mit meinem

⁴⁷⁾ *Laun*, Recht 7. Vgl. dazu die Auffassung Kelsens über das Wesen der Rechtsnorm, vorn N 10 und *Laun*, Satz 296 ff.

⁴⁸⁾ Vgl. Recht 3/4; vgl. auch Radbruch 137/38.

⁴⁹⁾ Gegenteilige Auffassung ausdrücklich Stammler, richtiges Recht 22.

⁵⁰⁾ Recht 45 ff., 52.

⁵¹⁾ Recht 74, Satz 307/08; demgegenüber weist Huber, Das Absolute 38 auf die Unterschiede hin; vgl. auch Burckhardt, Organisation 231; Pfister 75.

⁵²⁾ Vgl. Huber, Das Absolute 49.

eigenen Rechtsgefühl inhaltlich nicht übereinstimmen. *Laun* spricht hier von der Bejahung des bisherigen, gegenwärtigen und voraussichtlichen Massengehorsams ⁵³⁾ ⁵⁴⁾.

g) Von den zitierten Rechtsauffassungen unterscheidet sich das *Naturrecht* ⁵⁵⁾, von dem sich sowohl die Anhänger der materialen Rechtslehre ⁵⁶⁾ und der autonomen Rechtsauffassung ⁵⁷⁾, als auch *Stammler* ⁵⁸⁾ und *Burckhardt* ⁵⁹⁾ distanzieren.

Der Begriff des Naturrechts ist nicht eindeutig. *Brunner* ⁶⁰⁾ unterscheidet drei Arten des Naturrechts: Das objektiv-kollektivistische des vorchristlichen Altertums ⁶¹⁾, das subjektiv-individualistische der Neuzeit und das christliche, unter dem die Schöpfungsordnung zu verstehen ist ⁶²⁾.

Auch das Naturrecht anerkennt einen äusseren Masstab, eine ansichseiende Wertordnung, ob diese nun auf rationalistischer Basis oder auf der christlichen Offenbarung beruhe. Darin liegt sicher sein richtiger Kern. Es übersieht aber, dass das Recht auch durch die tatsächliche Wirklichkeit bestimmt wird, durch die «Realien» *Eugen Hubers*, die «vitalen Bedürfnisse» *Schindlers*. Das Naturrecht stellt also im Gegensatz zur materialen Rechtslehre nicht nur einen absoluten materialen Masstab auf, sondern ein allgemein gültig sein sollendes, inhaltlich bestimmtes Idealrecht, das unwandelbar ist ⁶³⁾.

⁵³⁾ Recht 48/49.

⁵⁴⁾ *Laun* bekennt sich zu einem philosophischen *Realismus*, *Binder* 163 sieht von seinem *Idealismus* aus in dem Begriff des Rechts die nach Verwirklichung verlangende und zur Wirklichkeit gelangende Idee des Rechts, «der alles Recht entsprechen soll und auch entspricht, wenn anders es überhaupt als Recht soll begriffen werden.»

⁵⁵⁾ Dieses stellt den Gegenpol zum Rechtspositivismus dar; vgl. *Hirsch-Ballin* ZSR 66, 134.

⁵⁶⁾ Vgl. *Esser* 17/18, vgl. auch 62 ff.; *Schindler* ZSR 50, 263 a; Verfassungsrecht 40/41; *Haug* 231; *Nef*, Richtigkeit 142; *Radbruch* 107.

⁵⁷⁾ *Laun*, Recht 17/18, 34, 82.

⁵⁸⁾ richtiges Recht 116 ff.

⁵⁹⁾ *Organisation* 166, 235; ZSR 50, 197a ff.

⁶⁰⁾ 100.

⁶¹⁾ *Verdross-Drossberg* weist S. 28 darauf hin, dass *Pythagoras* wahrscheinlich als erster das Problem des Verhältnisses zwischen staatlichem Recht und Naturrecht aufgerollt hat, das wie ein roter Faden die ganze spätere griechische Rechtslehre durchzieht. Vgl. auch *Laun*, Recht 32; *Brunner* 56.

⁶²⁾ *Brunner* 106. Vgl. auch S. 250, wo *Brunner* betont, dass die Schöpfungsordnung auch das gerechte Recht in ihrem Sinn fordert. Vgl. auch *Radbruch* 106.

⁶³⁾ Anders das christliche Naturrecht der Reformatoren (vgl. *Brunner* 110, 113 ff., 320 N 34, 322 N 38) und einzelne Richtungen des Naturrechts in Frankreich (vgl. *Simonius*, ZSR 48, 17).

Der grundsätzliche Unterschied zwischen dem Naturrecht und der autonomen Rechtsauffassung *Launs* besteht namentlich darin, dass das Naturrecht ein heteronomes Sollen annimmt.

6. Bei unserer Würdigung dieser verschiedenen Auffassungen wollen wir von der Erkenntnis *Launs* ausgehen, dass das (positive) Recht als hypothetischer Imperativ ein bedingtes Müssen darstellt und daher zur Welt des Seins gehört. Die zwangsbewehrte Rechtsnorm stellt als solche also kein Sollen dar.

Laun hält aber an der Prämisse fest, dass das Recht ein Sollen darstelle und unterscheidet gestützt darauf zwischen dem eigentlichen autonomen Recht und dem heteronomen positiven Recht⁶⁴⁾, das nach ihm eigentlich gar kein Recht mehr ist. Diese Schlussfolgerung ist nicht zwingend, weil die Prämisse nicht notwendig ist. Das Recht muss gar kein autonomes Sollen sein. Wenn wir von dieser Auffassung ausgehen, sind wir nicht gezwungen, einen im Gegensatz zum zwangsbewehrten Recht stehenden Rechtsbegriff aufzustellen. Wir erkennen vielmehr, dass die Rechtsordnung der Welt des Seins angehört und dass neben ihr eine Welt des autonomen Sollens besteht⁶⁵⁾. Wenn wir diese auf dem autonomen Sollen beruhende Ordnung nicht Recht nennen, ist dies im wesentlichen ein terminologischer Unterschied, der sich aber doch bei der weiteren Gestaltung unserer Auffassung auswirken wird und zwar namentlich bei der Prüfung der Beziehung zwischen Richter und Gesetz⁶⁶⁾.

a) Damit stellt sich die Frage des Verhältnisses zwischen dem heteronomen Recht und dem autonomen Sollen, dh. diejenige Frage, von der wir ausgegangen sind. Beide richten Imperative an den Einzelmenschen, das eine hypothetische, das andere kategorische.

Es gehört zur Aufgabe des Rechts — im Gegensatz zum autonomen Sollen — dass es sich durchsetzen muss⁶⁷⁾. Als Mittel hierzu steht ihm in erster Linie der Zwang zur Verfügung. Mit dem Zwang allein wird sich aber keine Rechtsordnung gegen den Willen aller ihr Unterworfenen auf die Dauer aufrechterhalten lassen. Wenn das von der Rechtsordnung

⁶⁴⁾ Vgl. Burckhardt, Methode 58.

⁶⁵⁾ Vgl. Radbruch 95 zu N 1. — Wenn wir im folgenden von Recht sprechen, verstehen wir darunter dementsprechend das heteronome, zwangsbewehrte Recht.

⁶⁶⁾ Vgl. hinten zu N 87.

⁶⁷⁾ Vgl. *Laun*, Recht 45: «Positivität ist Gehorsam als Massenerscheinung, ist Massengehorsam.»

bezweckte Verhalten aber identisch mit dem von den Rechtsunterworfenen empfundenen autonomen Sollen ist, ist ihre Stellung viel stärker, weil die Normadressaten die Norm innerlich bejahen⁶⁸⁾. Diese inhaltliche Übereinstimmung⁶⁹⁾ mit dem autonomen Sollen ist aber nur die eine Möglichkeit der «Unterstützung» der Rechtsordnung durch das Sollen. Diese ist deshalb nie vollständig, weil das Sollen — trotz der transzendenten Wertordnung — nicht von allen Menschen gleich empfunden wird. Wir müssen die Forderung also in dem Sinne präzisieren, dass die Rechtsnorm mit dem Pflichtgefühl eines möglichst grossen Teils der Normadressaten inhaltlich übereinstimmen muss⁷⁰⁾.

Daneben ist nicht zu übersehen, dass eine autonome und daher wirkliche Verpflichtung zur Befolgung der Rechtsnorm auch für diejenigen Menschen besteht, die zwar inhaltlich ein anderes Verhalten als Sollen empfinden, deren Rechtsgewissen aber den Staat bejaht, weshalb dessen Normen, wenn auch indirekt, für sie verbindlich sind. Die innerliche Bejahung des Staates wird allerdings auch davon abhängen, wieviele seiner Rechtsnormen mit dem autonomen Sollen des in Frage stehenden Menschen übereinstimmen. Ein Staat, dessen Rechtsnormen grösstenteils in Widerspruch zum Rechtsgewissen eines bestimmten Menschen stehen,

⁶⁸⁾ Vgl. Germann, Grundfragen 39.

⁶⁹⁾ Während im allgemeinen der Gegenstand eines kausalen Müssens nicht auch Gegenstand eines Sollens sein kann, (vgl. Laun, Satz 300) ist dies hier möglich, weil es sich beim positiven Recht nur um ein bedingtes Müssen handelt. Vgl. Laun, Satz 303.

⁷⁰⁾ Laun, Recht 48/49 spricht von relativ allgemein gültigen Werturteilen; vgl. vorn zu N 53 und Germann, ZSR 68, 437.

Diese Begründung der Forderung, dass das positive Recht mit dem autonomen Sollen inhaltlich übereinstimmen muss, ist ganz vom positiven Recht aus gesehen. Diese Forderung ergibt sich abgesehen davon selbstverständlich aus der Anerkennung eines transzendenten sittlichen Weltgesetzes.

Mit dieser grossen Bedeutung des Pflichtgefühls des Normadressaten hängt die Tatsache zusammen, dass das praktische Leben in Einzelfällen andere Wege geht als das zwangsbewehrte Recht in der durch den Gesetzgeber oder die Gerichte festgelegten Form. So hat z. B. das Bundesgericht, trotz heftiger Opposition in der Literatur, in zwei Entscheiden (BGE 70 II 229 ff.; 73 II 40 ff.) den Standpunkt eingenommen, dass die Deckung der Heilungskosten im Rahmen einer Unfallversicherung als Summenversicherung anzusehen sei und daher Art. 96 und nicht Art. 72 VVG unterstehe. Trotzdem verlangen in der Praxis die wenigsten Verunfallten, deren Heilungskosten von einer Unfallversicherung getragen werden, dass der Haftpflichtige ihnen ihre Auslagen unter diesem Titel auch noch zurückerstatte. Das gesunde Rechtsempfinden lässt hier die Verunfallten auf Ansprüche verzichten, die von den Gerichten geschützt würden. Vgl. hinten N 102.

wird von diesem Menschen nicht auf die Dauer innerlich bejaht werden können.

Schliesslich sei noch erwähnt, dass das Gesetz unmöglich alle Werturteile enthalten kann. Es bietet nur ein Gerippe, das erst durch die Auslegung und Lückenfüllung zur vollständigen Rechtsordnung wird. Diese Auslegung basiert ebenfalls auf Werturteilen, die in erster Linie durch die Richter gefällt werden⁷¹⁾. Diese Zusammenarbeit zwischen Gesetzgeber und Richter kann aber nur dann richtig funktionieren, wenn die gesetzten Normen wenigstens in ihrer Mehrzahl dem von den meisten Richtern empfundenen autonomen Sollen entsprechen. Sonst werden sie überall so einschränkend als möglich ausgelegt^{71a)}.

Je mehr Autorität die Rechtsordnung dergestalt kraft ihrer inhaltlichen Uebereinstimmung mit dem autonomen Sollen besitzt, desto weniger Zwang wird benötigt zu ihrer Durchsetzung⁷²⁾.

In diesem Sinne schreibt *Laun*, dass «Recht und Staat und alle Machthaber in der Völkerrechtsgemeinschaft sich den nicht bloss äusserlichen, sondern inneren, freiwilligen Gehorsam, das Pflichtgefühl, die sittliche Billigung derjenigen, die sie mit ihren Befehlen belasten, immer wieder verdienen müssen⁷³⁾».

b) Es ist interessant festzustellen, dass sich viele verschiedene rechtsphilosophische Auffassungen für die Erkenntnis der «Richtigkeit» der Rechtsnormen auf das Rechtsgewissen, das Rechtsgefühl, berufen⁷⁴⁾. Auch *Laun* nennt als Erkenntnisgrund

⁷¹⁾ Vgl. hinten zu N 89 und § 5 zu N 18.

^{71a)} Vgl. als Beispiel die von Egger in N 21 zu ZGB 177 geschilderte Aenderung der Rechtsprechung über ZGB 177 Abs. 3.

⁷²⁾ Dies wirkt sich auch aus beim Kampf zwischen zwei Rechtsordnungen; vgl. die Rede Jellineks über den Kampf des alten mit dem neuen Recht.

⁷³⁾ Recht 25, vgl. auch 42 ff und 81 ff und ausserdem Schindler, Verfassungsrecht 53/54; Simonius, ZSR 48, 3.

⁷⁴⁾ Damit soll nicht eine Gefühlsjurisprudenz vertreten werden, gegen die sich Brütt 102 ff. energisch wendet; denn das Rechtsgefühl dient uns nur dazu, das Sollen im konkreten Einzelfall zu erkennen, nicht aber als alleinige Grundlage der rechtlichen Entscheidung. Brütt 201 anerkennt das Rechtsgefühl allerdings nur «zur Ueberprüfung des Resultates der streng methodischen Rechtsschöpfung».

Für das Abstellen auf das Rechtsbewusstsein tritt neben den vorn erwähnten Autoren auch Radbruch, ArchSoz. 22, 367 ein. Vgl. auch ZbJV 87, 270, sowie Brunner 108; Pfister 75; Germann, Grundfragen 106 und Egger, Rechtsprechung 18, der die Werturteile auf Lust- und Unlustgefühle zurückführt. Ueber die Lehre Duguits vgl. Simonius, ZSR 48, 13—16.

Gegen die Berücksichtigung des Rechtsgefühls Stammer, Wesen III, richtiges Recht 149; vgl. auch Känzig 219.

das Urerlebnis des Sollens, das jeder nur aus eigener Erfahrung kenne und das man nicht beschreiben, erklären und definieren könne⁷⁵⁾. Die Fähigkeit, das Sollen zu erleben, könne man Gefühl, Pflichtgefühl, Rechtsgefühl, Sittlichkeitsgefühl oder Gewissen nennen⁷⁶⁾.

Als zu diesem Urerlebnis des Sollens gehörenden Sachgrund erwähnt *Laun* die Existenz eines transzendenten, sittlichen Weltgesetzes, das wir wohl der Wertordnung der materialen Rechtslehre gleichsetzen können⁷⁷⁾.

Wichtig für uns ist weiter die Erkenntnis, dass dieses transzendente sittliche Weltgesetz wie das funktionale und das kausale Weltgesetz nicht unmittelbar erkannt werden kann. Unser Erlebnis des Sollens bezieht sich vielmehr nur auf konkrete Einzelfälle, sei es, dass wir selbst vor eine bestimmte Alternative gestellt seien, sei es, dass es sich um die Beurteilung des Verhaltens Dritter handle.

Andererseits sind die Rechtsnormen notwendigerweise⁷⁸⁾ abstrakt. Sie können sich nicht nur auf den Einzelfall beziehen, sondern müssen angeben, wie alle Fälle der gleichen Art zu regeln sind⁷⁹⁾.

Für den Gesetzgeber, der sein Gesetz im Rahmen des möglichen dem transzendenten sittlichen Weltgesetz anpassen will, ergibt sich daher die Schwierigkeit der Ueberbrückung dieser Kluft, was nur durch die induktive Methode⁸⁰⁾ möglich ist. Vermittels dieser Methode

⁷⁵⁾ Satz 300, vgl. Recht 11, Ueber die Erkenntnis der Idee des Guten bei Platon vgl. Verdross-Drossberg 87.

⁷⁶⁾ Satz 303. In der modernen Psychiatrie wird die Unfähigkeit, das Sollen zu erleben, «moral insanity» bezeichnet.

⁷⁷⁾ Satz 308, Recht 74, 77; vgl. auch Häberlin, ZSR 66, 400; Brunner 54, 57 ff.

⁷⁸⁾ Vgl. Huber, Recht 57, Das Absolute 56; Schindler, Verfassungsrecht 49.

⁷⁹⁾ Nur die generelle abstrakte Norm bietet Gewähr für die Ausschaltung der Willkür und damit für Rechtssicherheit, in der Germann Grundfragen 40 den unentbehrlichsten Zweck jeder Rechtsordnung sieht. Die Rechtssicherheit verlangt Einheitlichkeit und Stetigkeit der Rechtsanwendung. Dies kann allerdings im Einzelfall zu ungerechten Lösungen führen. Vgl. Radbruch ArchSoz. 22, 357; Germann Grundfragen 13, 55, 59; Burckhardt, Lücken 97, Organisation 231 N 10, ZSR 50, 146 a; Huber, Das Absolute 38/39.

⁸⁰⁾ *Laun*, Recht 67/68, 99/100, Satz 306/07. Dabei darf nicht übersehen werden, dass der logische Induktionsschluss immer Fehlerquellen aufweist, solange ihm nicht alle möglichen Einzelfälle zugrunde liegen, was hier praktisch nicht möglich ist. Vgl. Brütt 84 und den Hinweis von B. Starck 8 auf die Tatsache, dass im Kampf um die Verschuldenshaftung in Frankreich die Juristen meistens in bezug auf den konkreten Fall einig waren, nicht aber in bezug auf das Prinzip. Vgl. in bezug auf ZGB 1 hinten N 123.

Burckhardt, Methode 34, 40, 50 und 82 betont mit Nachdruck, dass die Induktion nur auf Tatsachen anwendbar sei und dass sie daher die Methode der Naturwissen-

kann aus den einzelnen Erlebnissen des Sollens auf den Inhalt des abstrakten sittlichen Weltgesetzes geschlossen werden. So ist aber nicht nur *de lege ferenda*, sondern auch bei der Auslegung des Gesetzes, bei der näheren Bestimmung der vom Gesetzgeber verwendeten Begriffe vorzugehen⁸¹⁾).

Auf diesem Sachverhalt beruht auch die grosse Bedeutung der Praejudizien und die Tatsache, dass in der juristischen Literatur die Richtigkeit einer Auffassung häufig anhand von Beispielen dargelegt wird; denn nur durch das Vergleichen verschiedener, ähnlicher, unabhängiger Einzelurteile können wir Einsicht in ein abstraktes Gebot gewinnen.

c) Diese induktive Verarbeitung konkreter Sollenserlebnisse erfolgte — bewusst oder unbewusst — seit jeher. Dadurch wurden einzelne **a b s t r a k t e e t h i s c h e G e b o t e**, resp. Anforderungen an die Rechtsordnung erkannt⁸²⁾.

schaften darstelle, diejenige der Rechtswissenschaft aber nur insoweit, als auch diese eine Tatsachen-Wissenschaft sei und auf Erfahrung beruhe. Burckhardt fusst dabei offenbar auf Kants Auffassung eines *a priori* existierenden allgemeinen Sittengesetzes (vgl. hiezu Laun, Satz 305/06, Recht 60 ff.), die wir ablehnen müssen. Ausserdem ist ihm entgegenzuhalten, dass das konkrete Sollens-Erlebnis auch ein Sein darstellt; im Ur-Erlebnis fallen Sein und Sollen zusammen (vgl. Laun, Recht 30, Satz 302).

⁸¹⁾ Vgl. Huber, Recht 384. Anderer Ansicht scheint Egger, Rechtsprechung 57 zu sein.

Das bedeutet keine Wiederbelebung der vielgeschmähten *Begriffsjurisprudenz* (vgl. Heck, Rechtsgewinnung 13 ff., Egger N 5 und 12 ff. zu ZGB 1; Burckhardt, Methode 63 ff., 113 ff.; Brütt 90 ff.; Huber, Recht 385, 392; Ehrlich, ArchZivPr. 115, 254 ff.; hinten zu N 118), die ihre Induktionsschlüsse auf einzelne Rechtsnormen, nicht auf die Beurteilung des Sollens in Einzelfällen aufgebaut hat und die versuchte, die tatsächliche Welt in ihre juristische Begriffswelt hineinzuzwingen. Vgl. hinten zu N 92. Ehrlich a.a.O. 411 weist auf die Zusammenhänge zwischen der Begriffsjurisprudenz und der staatlichen Rechtsauffassung hin.

⁸²⁾ Man kann dieses Erkennen der transzendenten Werte als Fällung eines **Werturteils** bezeichnen. Dies ist aber nicht ganz exakt; denn es handelt sich nicht um ein Urteil, sofern wir unter einem Urteil eine Entscheidung verstehen. Erkennen und Entscheiden sind zwei grundverschiedene Tätigkeiten. Eine Urteils-Komponente wird allerdings durch die induktive Methode in dieses Erkennen gebracht. Trotzdem spricht man richtiger von **Werterkenntnis**.

Den Ausdruck «Werturteile» verwendet man auch für die Entscheidung über die Gestaltung einer Norm resp. ihrer Auslegung. In diesem Fall ist es richtig, von einem Urteil zu sprechen. Dabei werden nicht transzendente Werte beurteilt, sondern die verschiedenen massgebenden Faktoren, zu denen neben dem autonomen Sollen mindestens auch die Realien gehören. Vgl. hinten Abschn. 10. Wir geben im folgenden dieser Deutung den Vorzug.

Wichtig ist namentlich, dass man sich über diese zwei verschiedenen Bedeutungen des Wortes «Werturteil» im Klaren ist.

Eine Sonderstellung kommt hier dem Begriff der *Gerechtigkeit* zu, dem, wie mir scheint, zwei grundsätzlich verschiedene Bedeutungen beigemessen werden können. Entweder fassen wir unter dem Begriff der Gerechtigkeit ganz allgemein diejenigen Gebote der Ethik zusammen, die vom Recht berücksichtigt werden können und sollen⁸³). Dann können wir von einem materialen Gerechtigkeitsbegriff sprechen, der alle im Recht zu realisierenden ethischen Werte umfasst. Oder aber wir verstehen die Gerechtigkeit im formalen Sinne als Gebot der Gleichbehandlung des Gleichen und der Ungleichbehandlung des Ungleichen⁸⁴).

An und für sich ist es gleichgültig, welchen Gerechtigkeitsbegriff wir verwenden. Während dieser Begriff aber eigentlich — sofern wir ihn nicht mit *Brunner*^{84a}) zur christlichen Liebe in Opposition setzen — höchstens als Sammelbegriff eine gewisse Bedeutung hat, wenn wir ihn material umschreiben, beweist *Nefs* Monografie über Gleichheit und Gerechtigkeit seine Bedeutung für die Erkenntnis, sofern wir ihn formal verstehen. *Nef* hat die Gerechtigkeit in enge Beziehung zur Gleichheit gesetzt und nachgewiesen, dass die Frage, was als gleich und was als ungleich anzusehen und dementsprechend zu behandeln sei, nicht von der Gerechtigkeit im formalen Sinne beantwortet werden kann⁸⁵). Es ist hiefür vielmehr auf die für die inhaltliche Bestimmung des Rechts massgebenden Momente abzustellen.

Der formale Gerechtigkeitsbegriff *Nefs* ist daher nicht ein eigener ethischer Masstab, an dem die Richtigkeit eines materialen Werturteils gemessen werden könnte. Er zeigt aber, dass auch die ethisch an und für sich richtigste Bestimmung dann zu unrichtigen Resultaten in Einzelfällen führen muss, wenn die Grenzen ihrer Anwendbarkeit nicht richtig gezogen werden, wenn Ungleiches gleich oder Gleiches ungleich behandelt wird.

Die formale Gerechtigkeit steht also auf einer andern Ebene als die Werte, die wir ihr gegenüber als material bezeichnen können, bestimmt aber den Erfolg von deren Verwirklichung mit. Sie lehrt uns die selbst-

⁸³) Vgl. Schindler, ZSR 50, 259a; Brunner 22; Huber, Recht 80, Das Absolute 31/32; Ehrlich, ArchZivPr. 115. 433; Wundt III 589/90; Stammler- Wesen XXXIX: Burckhardt, Methode 244 ff.; Haug 215, 231.

Vgl. auch Häberlin ZSR 66, 402.

⁸⁴) Vgl. Jhering, Zweck I 286; Esser 15; Nef, Gleichheit 65, 92; Radbruch 125.

^{84a}) Vgl. 59/60, 147 ff.

⁸⁵) Nef, Gleichheit 107, 127; vgl. über die Entscheidung der Frage der Gleichbehandlung ähnlicher Tatbestände auch Brütt 155.

ständige Bedeutung der richtigen Grenzziehung und die Notwendigkeit der entsprechenden Fragestellung.

Aus dieser Ueberlegung ergibt sich, dass die formale Gerechtigkeit auch dort selbständig zu berücksichtigen ist, wo das materiale Werturteil bereits verbindlich vorliegt⁸⁶⁾, wie dies bei der Gesetzesanwendung und -Auslegung meistens der Fall ist; denn — von Sonderfällen abgesehen — ist in der positiven Norm das massgebende materiale Werturteil schon gefällt. Wer *de lege lata* arbeitet, sei es als Richter oder bei wissenschaftlicher Tätigkeit, muss sich in erster Linie einmal an dieses Werturteil halten. Namentlich der Richter ist daran gebunden⁸⁷⁾. Das in der positiven Norm enthaltene Werturteil hat er nicht durch induktive Verarbeitung der Resultate des Rechtsgewissens zu gewinnen; es ist schon gefällt und er muss es nur noch aus dem Gesetzestext «heraus-hören».

Dabei stellt sich aber sofort die Frage, wie weit die Tragweite der Norm zu fassen sei. m.a.W. welche Fälle als gleich anzusehen seien und daher im Sinne des formalen Gerechtigkeitsbegriffes gleich behandelt werden müssten. Wo beginnt die Ungleichheit?

Als Beispiel sei auf Art. 148 ZGB verwiesen, der massgebend ist für die Ehescheidung nach einer bestimmten Zeit der gerichtlichen Trennung. Nach dem Gesetz muss der Richter auf Verlangen eines Ehegatten nach drei Jahren dauernder Trennung auf Scheidung erkennen. «es sei denn, dass sie (die Scheidung) auf Tatsachen gegründet werde, die ausschliesslich den nunmehr die Scheidung verlangenden Ehegatten als schuldig erscheinen lassen». Das Werturteil des Gesetzgebers steht hier fest und der Richter hat sich daran zu halten: Nur der ausschliesslich schuldige, nicht aber der vorwiegend schuldige Ehegatte kann von seinem Partner gezwungen werden, dauernd im Zivilstand der getrennten Ehe zu leben. Wie ist aber zu entscheiden, wenn neben dem Verschulden des klag-

⁸⁶⁾ Vgl. Heck, Gesetzesauslegung 179, der die einheitliche Durchführung der legislativen Werturteile, die gleichmässige Entscheidung aller nach diesen Wertideen gleich liegenden Interessenkonflikte als Ideal der Rechtsprechung bezeichnet. Vgl. auch Brütt 155.

⁸⁷⁾ Vgl. Savigny I 225, 240; Huber, Recht 344; Reichel 81; Brütt 83, 146; Ehrlich, ArchZivPr. 115, 263; Heck, Gesetzesauslegung 226, 231; Germann, ZSR 68, 312/13; Pfister 75; Radbruch 182; Du Pasquier 12/13, 73.

den Ehegatten auch objektive Umstände oder ein minimales Mitverschulden des beklagten Teils zur Zerrüttung beigetragen haben⁸⁸⁾?

Hier erhebt sich die Frage, ob diese Fälle denjenigen des überwiegenen oder des ausschliesslichen Verschuldens im engeren Sinne gleich seien. Aus *Nefs* Darlegungen ergibt sich nun, dass die ethische Seite dieser Frage auf Grund eines materialen Werturteils zu entscheiden ist, dass das «*suum cuique*» allein keine Lösung gibt. Wir kommen daher zum Schluss, dass auch die Auslegung vom Richter eigene materiale Werturteile verlangt und daher nicht wesensverschieden ist von der Rechtsfindung und der mit ihr grundsätzlich identischen Lückenfüllung⁸⁹⁾.

7) Wie wir bereits erwähnt haben, unterscheidet sich unsere Auffassung dadurch grundsätzlich vom Naturrecht in seinen verschiedenen Spielarten, dass u.E. das Recht nicht nur durch die ethischen Postulate, sondern auch durch die sog. *Realien* bestimmt wird. Es handelt sich hier um einen Faktor, dem auch *Laun* nicht Rechnung trägt, wenn er die Geschichte unter dem Gesichtspunkt des Erwachens und Erstarkens des Gewissens und Rechtsgefühls der Menschheit betrachtet und als End-

⁸⁸⁾Vgl. BGE 69 II 354; 74 II 1 ff.; ZbJV 86, 55.

Die Bedeutung der richtigen Abgrenzung ergibt sich auch aus folgendem Beispiel: Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist für die Anwendung der Spezialhaftung von Art. 37 MFG entgegen der Auffassung von Oftinger (I 16, II 854 ff.) nicht die Tatsache massgebend, ob ein Unfall auf die spezifische Betriebsgefahr des Motorfahrzeuges zurückzuführen sei. Das Bundesgericht prüft im allgemeinen nur, ob das Motorfahrzeug, das zum Unfall beigetragen hat, im kritischen Moment oder unmittelbar vorher im Betrieb gewesen sei (BGE 63 II 269, 342; 64 II 240; 72 II 217 ff.). Dadurch wird Ungleiches (Fälle mit und ohne Auswirkung der Betriebsgefahr) gleich behandelt. Dies hat z. B. in folgendem Fall zu einem ganz unbefriedigenden Resultat geführt: Eine Bretterladung sollte von einem Lastauto mit der Kippvorrichtung abgeladen werden. Als der Chauffeur die Kette löste, kam ein Teil der Ladung in Bewegung und fiel neben das Lastauto, wo ein Zuschauer schwer verletzt wurde. Die Verantwortlichkeit des Autohalters und seiner Haftpflichtversicherung hing nun praktisch vom Ergebnis des Beweisverfahrens über die Frage ab, ob der Motor im kritischen Moment still stand oder nicht.

⁸⁹⁾ Vgl. Burckhardt, Lücken 82, Organisation 238/39, Methode 280; Du Pasquier 26 und auch Germann, ZSR 68, 309, 314.

Die Auffassung von Germann a.a.O. 315/16, dass dies ZGB 1 widerspreche und man auf diesem Wege die selbständig wertende Rechtsfindung an die Stelle der Auslegung treten lasse, scheint mir nicht begründet zu sein, sofern an der grundsätzlichen Bindung des Richters an das Werturteil des Gesetzes festgehalten wird. Im Gegensatz zu diesen Autoren will Schindler, Recht 80 auch bei der Lückenfüllung dem Richter das Werturteil nicht überlassen.

ziel der Entwicklung das absolut allgemein gültige autonome Recht, das Idealrecht, annimmt⁹⁰⁾.

Demgegenüber betrachten wir gestützt auf *Eugen Huber* und *Dietrich Schindler*, auf deren diesbezügliche Ausführungen verwiesen sei^{90a)}, die Forderung der Uebereinstimmung mit der Ethik nur als eine der Richtlinien, die bei der Gesetzgebung und der Gesetzesanwendung zu betrachten sind. Neben ihr hat sich die Rechtsnorm inhaltlich nach den Realien, dh. den Gegebenheiten des tatsächlichen Lebens, zu richten. Man kann diese Forderung genau so formulieren: Die Frage der ethischen Richtigkeit der Norm ist unter dem Gesichtspunkt der gegebenen Realien zu prüfen.

8) Entscheidende Bedeutung kommt bei unserer Aufgabe auch der Berücksichtigung der Systematik des Gesetzes, des logischen Aufbaues der Rechtsordnung zu.

Die Logik im Recht ist durch die auf der Inversionsmethode⁹¹⁾ beruhende Begriffsjurisprudenz⁹²⁾ etwas in Misskredit geraten, weil von jener Richtung versucht wurde, auf logischem Wege Erkenntnisse zu gewinnen, die in den Prämissen gar nicht enthalten waren. Heute wird allgemein anerkannt, dass dies unmöglich ist⁹³⁾.

Eugen Huber umschreibt das logische Denken als dasjenige, das den Denkgesetzen gemäss verläuft⁹⁴⁾. Diese Denkgesetze sind eine Notwendigkeit; ich kann nicht absichtlich falsch denken. Sie sind aber auch allgemein, dh. sie gelten für alle Menschen. *Laun*⁹⁵⁾ spricht von einer transzendenten Notwendigkeit, die den transzendenten Masstab für die Richtigkeit unserer immanenten Denkoperationen bildet und auf einem transzendenten, funktionalen Weltgesetz beruht.

Von diesem Standpunkt aus ergibt sich die Notwendigkeit, auch das Recht logisch aufzubauen und zu erfassen; sonst müssten wir darauf verzichten, es gedanklich zu verarbeiten. Rechtswissenschaft zu betreiben.

⁹⁰⁾ Recht 81; über den Unterschied zwischen der autonomen Rechtsauffassung Launs und dem Naturrecht vgl. vorn den letzten Absatz von Abschnitt 5 und Note 57.

^{90a)} Vgl. namentlich Huber, Recht 281 ff.; Schindler Verfassungsrecht 42 ff.

⁹¹⁾ Vgl. Heck, Gesetzesauslegung 71.

⁹²⁾ Vgl. vorn N 81.

⁹³⁾ Vgl. Radbruch, ArchSoz. 22, 363/64; Burckhardt, Methode 91, Organisation 241; Ehrlich, ArchZivPr. 115, 256, 392/93, 412, 423/24; Brütt 84; Schindler, ZSR 50, 226a, Verfassungsrecht 4.

⁹⁴⁾ Recht 50; vgl. auch Laun, Satz 210; Ehrlich, ArchZivPr. 115, 256.

⁹⁵⁾ Satz 209 ff.

Die Logik will Gleiches zusammenfassen und gestützt darauf übergeordnete Begriffe bilden. Ich kann nicht die gleiche Farbe einmal als grün und einmal als blau bezeichnen⁹⁶⁾. Das wäre ein Widerspruch. Die Logik führt zu einer widerspruchsfreien Ordnung des gegebenen Stoffes.

Auch aus dieser Feststellung ergibt sich die Notwendigkeit, das Recht logisch zu bearbeiten; denn das Recht ist eine Zwangsordnung. Widersprechendes kann aber nicht gleichzeitig erzwungen werden. Es ist also notwendig, das Recht widerspruchsfrei zu gestalten. Dies setzt seinen logischen und damit systematischen Aufbau voraus⁹⁷⁾.

Da die Logik das Gleiche zusammenfasst und es dem Ungleichen gegenüber stellt und so Begriffe⁹⁸⁾ bildet, steht sie in engem Zusammenhang mit dem Begriff der formalen Gerechtigkeit⁹⁹⁾.

Das Postulat des logischen und damit systematischen Aufbaues der Rechtsordnung dürfte damit hinreichend begründet sein¹⁰⁰⁾. Seine Verwirklichung führt zu einer widerspruchsfreien und lückenlosen Ordnung, ohne die die formale Gerechtigkeit nie erreicht werden kann.

Für die Rechtsanwendung ergibt sich aus diesen Überlegungen, dass eine bestimmte Norm nicht nur für sich allein betrachtet werden darf, wenn sie ausgelegt werden soll. Sie muss vielmehr in denjenigen Zusammenhang hineingestellt werden, in den sie kraft ihres Inhaltes gehört. Der Zusammenhang mit den andern Normen verlangt, dass die gegenseitigen Anwendungsbereiche abgegrenzt werden. Dies soll unter Berücksichtigung der ethischen Werte und der Realien richtig geschehen. Diese Auslegung unter dem Gesichtspunkt der Systematik der Rechtsordnung können wir als rechtssystematische Auslegung bezeichnen.

9) Schliesslich sei noch kurz erwähnt, dass die Rechtsnorm auch realisierbar sein muss: Sie muss ihre Folgerungen an Voraussetzungen anknüpfen, die im praktischen Fall festgestellt werden können.

⁹⁶⁾ Vgl. Laun, Satz 209.

⁹⁷⁾ Vgl. Burckhardt, Methode 58, Lücken 88/89; Baumgarten 36.

⁹⁸⁾ Vgl. Rümelins Arbeit über die juristische Begriffsbildung.

⁹⁹⁾ Vgl. Huber, Das Absolute 43, Recht 57, 395; Heck, Gesetzesauslegung 179.

¹⁰⁰⁾ Vgl. Burckhardt, Methode 121; Plattner, ZblStGV 50, 66; Egger, Rechtsprechung 8, 36; Huber, Das Absolute 43; Recht 395 N 1; Baumgarten 34; Nef, Richtigkeit 127; Brütt 161 ff.; Jhering, Geist I 42. Savigny I 214 leitet entsprechend seiner Grundauffassung die Notwendigkeit der Berücksichtigung des systematischen Elementes daraus ab, dass die Einheit der Rechtsordnung dem Gesetzgeber vorgeschwebt habe. Vgl. im übrigen Savigny I 262/64.

nen. Ausserdem müssen die Folgerungen direkt oder indirekt erzwungen werden können.

10) Zusammenfassend und ergänzend können wir festhalten, dass wir unter der Rechtsordnung eine Ordnung der menschlichen Beziehungen verstehen, die mit Zwang durchgesetzt wird.

Diese Ordnung ist an sich nicht transzendent gegeben und primär kann sie selbst daher nicht Gegenstand unserer Erkenntnis sein¹⁰¹⁾. Sie beruht vielmehr auf Werturteilen. Sie entwickelt sich laufend im menschlichen Zusammenleben¹⁰²⁾; so entstand seit Urzeiten das Gewohnheitsrecht¹⁰³⁾, das auf der Entscheidung von Einzelfällen beruht¹⁰⁴⁾. Dabei dürften je und je das ethische Sollen, die Realien und die Realisierbarkeit die Grundlage für die einzelnen Werturteile gebildet haben, die einander nicht widersprechen dürfen.

Als Hilfsmittel zum Zwecke der Vereinheitlichung des Rechts, die der Rechtssicherheit und der formalen Gerechtigkeit dient, werden seit langer Zeit einzelne Rechtsregeln in generell abstrakter Form für die Richter verbindlich festgelegt. Sie enthalten wie jeder Richterspruch Werturteile, Wertentscheidungen¹⁰⁵⁾.

Diese gesetzten Normen bilden ein Gerippe. Wo sie nicht genau und zweifelsfrei den zur Diskussion stehenden konkreten Fall betreffen, muss zwischen ihnen «interpoliert» werden, dh. es muss durch Willensentscheidungen und nicht durch Erkenntnisakte festgelegt werden, was mit Zwang durchgesetzt werden, was als Recht gelten, wie weit der Anwendungsbereich der gesetzten Norm gesteckt werden soll. Dies ist die Aufgabe der Auslegung und der richterlichen Lückenfüllung.

Aus dieser Feststellung ergibt sich, dass zwei verschiedene Arten von (zwangsbewehrtem) Recht unterschieden werden können. Sie sind beide

¹⁰¹⁾ Vgl. Germann, ZSR 68, 437 und über das angelsächsische Recht daselbst N 20. Dies gilt selbstverständlich nur de lege ferenda; das bestehende Recht kann erkannt werden, Vgl. vorn zu N 3.

¹⁰²⁾ Vgl. Jhering, Geist I 25/26; Jellinek, Kampf 3; Egger N 29 der Allgemeinen Einleitung zum ZGB. Vgl. auch vorn N 70.

¹⁰³⁾ Vgl. Huber, Erläuterungen I 62 ff.; Savigny I 35 ff.; Baumgarten 26; Laun, Recht 53/54; Schnitzer 286 ff., 295.

¹⁰⁴⁾ Ueber die heutige Bedeutung der Praejudizien des Bundesgerichts vgl. Germann, ZSR 68, 297 ff., 423 ff. Auch die «allgemeine Rechtsanschauung» spielt von jeher eine bedeutende Rolle. Im BGE 63 II 155/56 wird damit z. B. eine mit den Materialien in Widerspruch stehende Auslegung begründet.

¹⁰⁵⁾ Auf dieser Methode der Gesetzgebung beruht die Möglichkeit, den allgemeinen Rechtsanschauungen widersprechendes Recht zu schaffen; vgl. z. B. Jellinek, Kampf 5 und vorn Abschnitt 4 (nach N 15).

heteronom und also wesensgleich; sie unterscheiden sich beide vom Recht als Idee. Untereinander sind sie in bezug auf ihre Herkunft verschieden. Während die eine Art, das positive, dh. gesetzte Recht, vom Gesetzgeber in Form von generellen, abstrakten Normen erlassen wird, ist die andere Art das Ergebnis der Auslegung und Lückenfüllung, namentlich durch den Richter. Wir kennen also nicht-positives Recht, das aber doch gilt, dh. mit Zwang durchgesetzt wird ^{105a}).

11) Diese Grundlagen erlauben uns, die Methode für die Rechtsanwendung festzulegen und die Wahl dieser Methode zu begründen.

Unsere Aufgabe besteht im wesentlichen in der Bestimmung des Wesens und damit auch der Tragweite einer konkreten Norm unseres positiven Rechts, nämlich von Art. 679 ZGB.

a) Ausgangspunkt unserer Ueberlegungen kann nur der Wortlaut der betr. Norm sein.

Wenn wir den Wortlaut grammatikalisch auslegen, werden wir feststellen, dass er zwar ein bestimmtes Werturteil enthält, dass er allein aber bei weitem nicht auf alle Fragen Antwort gibt, die sich beim Versuch der theoretischen Erfassung und namentlich bei der Anwendung der Norm stellen ¹⁰⁶). Gewisse Möglichkeiten der konkreten Gestaltung der Rechtsordnung werden durch den Wortlaut allerdings ausgeschlossen, in bezug auf andere ist der Wortlaut aber neutral. Er stellt nur einen Rahmen dar; für die Ausfüllung dieses Rahmens durch Einzelbestimmungen gibt der Wortlaut der gesetzlichen Norm keine Handhabe ¹⁰⁷).

Savigny unterscheidet bei der sprachlichen Unbestimmtheit des Wortlautes zwischen seiner Unvollständigkeit und seiner Vieldeutigkeit ¹⁰⁸).

^{105a}) Interessant ist der in BIZR 38 Nr. 60 S. 137/38 publizierte Entscheid, in dem dem nicht gesetzten Recht die Eigenschaft als klares Recht im Sinne des Prozessrechts generell abgesprochen wird. Vgl. im übrigen BGE 66 I 306 Erw. 2 b und 77 I 260 über den Begriff der Bundesgesetzgebung im Sinne von OG 110.

¹⁰⁶) Vgl. Radbruch, ArchSoz. 22, 356; Hegnauer 206 N 65; Egger N 10 zu ZGB I; Reichel 65; Heck, Gesetzesauslegung 121; Rümelin, Werturteile 6; Ehrlich, ArchZivPr. 115, 347; Schnitzer 291/92; Pfister 78. Nach Stauffer ZbJV 87, 13 ist massgebend, was der Wortlaut in der Sprache des Volkes bedeutet.

¹⁰⁷) Vgl. Kelsen 90 ff., der auch mit Recht darauf hinweist, dass die Ausfüllung dieses Rahmens nicht auf Grund einer Erkenntnis des positiven Rechts, sondern auf Grund einer Willensentscheidung erfolgt, die allerdings ihrerseits auf der Erkenntnis ausserrechtlicher Normen und Umstände beruhen kann (98/99).

¹⁰⁸) Vgl. I 225 ff. Es handelt sich hiebei um zwei Unterarten der Unbestimmtheit des Ausdruckes, die Savigny dessen Unrichtigkeit gegenüberstellt, die ihrerseits von der ethischen Unrichtigkeit zu unterscheiden ist.

Auf diese komplexe Frage der Unrichtigkeit des Ausdruckes kann ich hier nicht näher eintreten, da sie für unsere Aufgabe keine entscheidende Rolle spielt. Sie

Diese beiden unvermeidbaren Mängel des Ausdruckes sind durch Auslegung zu beheben.

Für das schweizerische Recht ergibt sich hier insofern noch eine Besonderheit, als die schweizerischen Gesetze in drei Amtssprachen¹⁰⁹⁾ erlassen werden. Es liegt auf der Hand, dass die drei verschiedenen Texte häufig nicht in gleichem Masse und im gleichen Sinn unbestimmt sind.

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, dieser Schwierigkeit Herr zu werden: Man kann z. B. grundsätzlich einer bestimmten Sprache den Vorrang zuerkennen oder auf den Text in jener Sprache abstellen, in der der Entwurf den Räten vorgelegt worden war. Diese letztere Methode ist heute nicht mehr möglich, weil dem Parlament die Entwürfe mindestens zweisprachig vorgelegt werden.

Wir geben mit *Hegnauer*¹¹⁰⁾ derjenigen Methode den Vorzug, die alle drei Texte als Einheit betrachtet, deren richtiger Sinn durch Auslegung zu ermitteln ist. Diese Auffassung wird heute — im Gegensatz zu früher¹¹¹⁾ — auch vom Bundesgericht vertreten¹¹²⁾.

b) Im bereits erwähnten Fall der Unvollständigkeit des Gesetzestextes genügt die Auslegung *intra legem*¹¹³⁾ nicht. Neben sie muss die Feststellung der Rechtsordnung *praeter legem*, die *Lückenfüllung*¹¹⁴⁾, treten; denn der Richter muss jeden ihm vorgelegten Rechtsstreit ent-

führt zwangsläufig zur Frage nach dem Masstab, an dem die Unrichtigkeit gemessen werden kann und damit zum Problem der Positivität des Rechts und des Grundes der Geltung des positiven Rechts. Die praktische Auswirkung der Beantwortung dieser Frage ist die mehr oder weniger starke Bindung des Richters an die gesetzte Norm (vgl. vorn zu N 87). Interessant ist diesbezüglich die schweizerische Praxis, die nicht immer an einer starren Bindung festhält. Vgl. BGE 72 IV 103; 69 I 177; 60 II 186; 46 I 172; 22, 927; 7, 37/38; BIZR 44 Nr. 165 S. 338 und Egger N 11 und 43 zu ZGB I.

Demgegenüber wird in folgenden Entscheiden mehr Gewicht auf die Bindung des Richters an den Gesetzeswortlaut gelegt: BGE 28 II 10; 48 II 232; 71 IV 155; BIZR 25 Nr. 168 S. 277.

¹⁰⁹⁾ Ueber den Unterschied von Amts- und Nationalsprachen vgl. *Hegnauer* 131 ff.

¹¹⁰⁾ 199 ff., namentlich 203 und 209/10. Vgl. auch Egger⁺N 34 der Allgemeinen Einleitung zum ZGB; Ernst 17/18.

¹¹¹⁾ Vgl. BGE 51 I 161; 18, 574/75.

¹¹²⁾ Vgl. BGE 69 IV 179; 70 IV 31, 81; 76 IV 241.

¹¹³⁾ Wir verstehen unter Auslegung die Bestimmung des Inhaltes der Rechtsordnung *intra legem*, während Germann ZSR 68, 312 und 321 zwischen der «eigentlichen Gesetzesauslegung» und der selbständigen Rechtsfindung *intra legem* zu unterscheiden scheint.

scheiden und darf die Parteien nicht abweisen mit der Begründung, das Gesetz enthalte keine anwendbare Norm¹¹⁵⁾.

Die Ausfüllung einer Lücke des gesetzten Rechts bedeutet Rechtsschöpfung. Wenn die Lückenfüllung nicht vom Gesetzgeber vorgenommen wird wie zur Zeit des Absolutismus und im kanonischen Recht¹¹⁶⁾, sondern vom Richter, stellt sie daher einen Einbruch in das Prinzip der Gewaltentrennung dar. Dieses Prinzip kann mit dem Rechtsverweigerungsverbot nur dadurch in Einklang gebracht werden, dass man die Lückenlosigkeit des Gesetzes voraussetzt und jede richterliche Entscheidung durch Konstruktion aus dem Gesetz ableitet¹¹⁷⁾. Dieser Weg hat die Rechtswissenschaft im letzten Jahrhundert zur Begriffsjurisprudenz geführt¹¹⁸⁾.

Nachdem diese Methode heute allgemein abgelehnt wird, kann der Gegensatz nur dadurch aufgelöst werden, dass man die Grenze zwischen der Tätigkeit des Gesetzgebers und derjenigen des Richters nicht mit der Grenze zwischen Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung zusammenfallen lässt, sondern auch dem Richter eine gewisse rechtsschöpferische Tätigkeit zugesteht¹¹⁹⁾.

Diese Frage der Zulässigkeit richterlicher Rechtsfindung stellt im schweizerischen Recht kein Problem dar, da sie im berühmten Art. 1 ZGB ausdrücklich bejaht ist¹²⁰⁾. In der Praxis kommt die Lückenfüllung denn auch immer wieder vor¹²¹⁾, wobei die Gerichte meistens die

¹¹⁴⁾ Kelsen 100 ff. verneint die Existenz echter Lücken mit der Begründung, dass man frei sei, wo das Gesetz keine Verpflichtung aufstelle. A.M. z. B. Heck, Rechtsgewinnung 10, 11, Gesetzesauslegung 20; Brütt 74, 100; Reichel 94; Wieland, Methode 11; Stammer, richtiges Recht 271; Burckhardt, Lücken 16; Schindler, Recht 80; Savigny I 262 ff.; über den Unterschied zwischen echten und unechten Lücken vgl. Burckhardt, Lücken 103; Du Pasquier 19.

¹¹⁵⁾ Vgl. Huber, Das Absolute 45; Heck, Gesetzesauslegung 98; Burckhardt, Lücken 46.

¹¹⁶⁾ Vgl. Schnitzer 292/93.

¹¹⁷⁾ Vgl. Radbruch, ArchSoz. 22, 362; Plattner, ZblStGV 50, 63; Wieland, Methode 12; Egger, Rechtsprechung 6; Burckhardt, Lücken 12; BGE 74 II 109.

¹¹⁸⁾ Vgl. vorn N 81.

¹¹⁹⁾ Vgl. Radbruch, ArchSoz. 22, 364; Germann Grundfragen 45, ZSR 68, 427.

¹²⁰⁾ Vgl. Heck, Gesetzesauslegung 228; Brütt 146; Kelsen 105; Egger, N 36 ff. zu ZGB 1; Germann, ZSR 68, 441 stellt die Frage nach der Verfassungsmässigkeit von ZGB 1.

¹²¹⁾ Vgl. BGE 10, 284; 48 II 492; 49 II 224, 356/57; 51 II 429; 60 II 186; 61 II 98, 266; 74 II 109/10; 75 II 352; BIZR 13 Nr. 188 S. 352; 25 No. 1 S. 4; 32 Nr. 58 S. 105; 33 Nr. 131 S. 291; 44 Nr. 165 S. 338; ZbJV 85, 551; LU 1941, 2. Auch die Rechtsprechung contra legem kann als Lückenfüllung qualifiziert und

Frage nach dem Bestehen einer Lücke und diejenige nach ihrer richtigen Ausfüllung getrennt erörtern. Dabei wird allerdings erwähnt, dass für die Beurteilung beider Fragen die gleichen Gesichtspunkte massgebend sind ¹²²⁾).

Da wir bereits auf Grund der Gerechtigkeitslehre *Nefs* zum Schluss gekommen sind, dass zwischen Auslegung und Rechtsschöpfung kein grundsätzlicher Unterschied besteht, was auch *Burckhardt* bestätigt ¹²³⁾, erübrigt es sich, die Methode für die Auslegung und für die Lückenfüllung getrennt zu erörtern.

c) Naheliegend ist der Gedanke, bei der Auslegung des Gesetzes und, soweit dies möglich sein mag, auch bei der Lückenfüllung, auf den Willen der gesetzgebenden Körperschaft abzustellen und damit die Gesetzesauslegung wenigstens grundsätzlich der Vertragsauslegung gleichzustellen ¹²⁴⁾.

Diese sog. *historische Methode* gibt Aufschluss darüber, was der Gesetzgeber oder wenigstens einzelne Mitglieder der legislativen Kör-

damit als erlaubt betrachtet werden, wenn die Lücke im Fehlen einer Ausnahme gesehen wird; vgl. z. B. BGE 75 II 232 ff. und 352/53, wo die Annahme einer Lücke damit begründet wird, dass die sonst zu treffende Lösung dem Sinn des Gesetzes widersprechen würde. Auch in BGE 76 II 228/29 statuiert das Bundesgericht eine vom Gesetz nicht vorgesehene Ausnahme, ohne dies allerdings als Lückenfüllung zu bezeichnen.

Es sei hier aber beigefügt, dass nach der Meinung des Bundesgerichts das Vorliegen einer Gesetzeslücke nicht leichthin angenommen werden darf. Das Bundesgericht weist z. B. in seinem Entscheid 76 II 61 ff. unter Hinweis auf BGE 74 II 109 darauf hin, «dass die Zweckmässigkeit einer bestimmten Regelung allein keinen entscheidenden Faktor für die Annahme einer Gesetzeslücke darstellt und dass namentlich dort keine solche angenommen werden darf, wo der Gesetzgeber in anderem Zusammenhang Gelegenheit hatte, zur Frage der Notwendigkeit einer neuen Bestimmung Stellung zu nehmen». Vgl. dazu Stauffer ZbJV 87, 16.

¹²²⁾ Vgl. BGE 51 II 430.

¹²³⁾ Vgl. vorn N 89. Die grundsätzliche Uebereinstimmung zwischen Lückenfüllung und Auslegung gilt auch in bezug auf das Moment der Rechtsgleichheit, das den Gesetzgeber bewogen hat, dem Richter in ZGB I vorzuschreiben, dass er bei der Lückenfüllung nicht nur den konkreten Fall im Auge haben dürfe. Er müsse vielmehr nach derjenigen Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Dieses Moment ist selbstverständlich auch bei der Auslegung zu berücksichtigen. Vgl. Germann, ZSR 68, 306, 309.

¹²⁴⁾ Vgl. Savigny I 213; Baumgarten 35; Ehrlich, ArchZivPr. 115, 261; Heck, Gesetzesauslegung 8 ff.; SJZ 24, 30.

perschaft gewollt haben ¹²⁵). Sie ist aber abzulehnen ¹²⁶), weil den sog. Materialien keine Gesetzeskraft zukommt — sonst würde jeder Parlamentsredner, dem nicht widersprochen wird, zum Gesetzgeber — und weil sie übersieht, dass das positive Recht sich mit der Aenderung der Verhältnisse immer weiter entwickeln muss ¹²⁷), entsprechend der Aenderung der Realien und den damit zusammenhängenden Wandlungen des Rechtsgefühls.

Damit soll die Berücksichtigung der sog. Materialien nicht rundweg abgelehnt werden: Sie sind zwar nicht bindend, können aber zweifellos zum Verständnis und damit auch zur Auslegung des Gesetzes beitragen ¹²⁸). Sie werden dementsprechend von den schweizerischen Gerichten häufig berücksichtigt ¹²⁹).

d) Da wir grundsätzlich die Bindung des Richters an das Gesetz bejahen, ist nach der grammatikalischen Auslegung, die uns die Grenzen der Auslegungsfreiheit oder gegebenenfalls eine Lücke des Gesetzes zeigt, neben der Prüfung der Materialien in erster Linie die Frage aufzuwerfen, welche Lösung am besten mit den übrigen Normen der Rechtsordnung, dh. mit der Systematik des Gesetzes übereinstimmt ¹³⁰) (rechtssystematische Auslegung).

Die Beantwortung dieser Frage kann nicht auf Grund einer logischen Operation allein erfolgen. Das logische Denken allein vermag uns nur zu zeigen, wo Widersprüche mit andern Normen vorliegen, wo Ueber-

¹²⁵) Sie lässt sich daher mit der Lehre von der Gewaltentrennung am ehesten in Einklang bringen.

¹²⁶) Vgl. Germann Grundfragen 16; Burckhardt, Lücken 73; Esser 184; Egger N 15 zu ZGB 1; Reichel 70/71; Wieland, Methode 30; BGE 17, 145; 22, 927; 25 II 845; 50 I 76; 60 II 185; 63 II 155/56; 68 II 124; 74 II 110; 76 IV 32; BIZR 47 Nr. 127 S. 283.

¹²⁷) Als eindruckliches Beispiel sei hier Art. 1384 CC erwähnt, dem heute eine Bedeutung beigelegt wird, an die bei seinem Erlass zweifellos kein Mensch dachte. Vgl. Savatier I 437 ff.; Mazeaud II 92 ff. und die dort zitierte Literatur; ausserdem Simonius ZSR 48, 1/2; Stauffer, ZbJV 87, 8/9 und das in ZbJV 87, 270 publizierte Berner Urteil, ferner TG 1949, 51; SJZ 48, 29.

¹²⁸) Vgl. Burckhardt, Lücken 76; Stauffer ZbJV 87, 7; Egger N 16 zu ZGB 1, Rechtsprechung 49, 55; Reichel 69; BGE 10, 160; 17, 181; 27 I 530; 29 II 344; 50 I 339; 60 II 186; 65 I 43; 71 IV 155.

¹²⁹) Vgl. z. B. BGE 10, 160/61; 17, 181/82; 18, 575; 22, 350, 926; 27 I 530; 29 II 343; 41 II 563; 48 II 232; 51 I 161/62; 61 II 265; 63 II 155, 343 ff.; 64 II 57; 69 IV 8/9, 176; 75 II 352; 76 II 61 ff.; SJZ 46, 91; BIZR 33 No. 21 S. 67; 28 No. 66 S. 140/41.

¹³⁰) Vgl. Brütt 71; Wundt III 622; Pfister 78; Huber, Recht 404; Heck, Gesetzesauslegung 179; Savigny I 214; BGE 7, 37/38.

einstimmung mit den andern Normen besteht und wo es sich um Fragen handelt, die vom Inhalt der übrigen Normen unabhängig sind ¹³¹⁾ ¹³²⁾). In diesem letztern Fall bietet uns die Systematik der Rechtsordnung keine Handhabe.

Wenn aber zwischen der von uns ins Auge gefassten Auslegung oder Lückenfüllung und der übrigen Rechtsordnung ein bestimmtes Verhältnis besteht, sei es nun dasjenige des Widerspruchs oder dasjenige der Uebereinstimmung, so müssen wir auf diesen Punkt näher eintreten. Wir können den Widerspruch dadurch auflösen, dass wir den verschiedenen Rechtsfolgen verschiedene Voraussetzungen entsprechen lassen, dh. dass wir jeder der widersprechenden Normen besondere Bedingungen der Anwendung, ein eigenes Gebiet der Herrschaft, zuweisen ¹³³⁾). Wir behandeln dann Ungleiches ungleich im Sinne der Lehre von der formalen Gerechtigkeit, wobei nur durch ein selbständiges Werturteil entschieden werden kann, ob die getroffene Unterscheidung richtig sei.

Es ist aber auch der umgekehrte Fall denkbar, dass nämlich eine inhaltliche Uebereinstimmung der von uns in Aussicht genommenen Lösung mit der übrigen Rechtsordnung besteht, die unrichtig ist, weil Ungleiches gleich behandelt wird ¹³⁴⁾).

Es zeigt sich hier wiederum der enge Zusammenhang des formalen Gerechtigkeitsbegriffes mit dem systematischen Aufbau der Rechtsordnung ¹³⁵⁾).

Wo diese rechtssystematische Auslegung, wie wir gesehen haben, nicht direkt zum Resultat führt, weil sie uns auf ein Werturteil verweist, zeigt

¹³¹⁾ Vgl. BGE 51 II 430 betr. Feststellung einer Lücke.

¹³²⁾ Der Vollständigkeit halber sei hier noch auf den die ganze Frage komplizierenden Umstand hingewiesen, dass auch diejenigen Teile der Rechtsordnung, deren Beziehung zu der auszulegenden Norm wir untersuchen, selbst meist in mancher Hinsicht unbestimmt sind. In der Praxis wird diese Schwierigkeit aber stark verkleinert durch die Möglichkeit, in bezug auf die «Grenz-Normen» auf die herrschende Meinung abzustellen.

¹³³⁾ Vgl. Savigny I 274.

¹³⁴⁾ Mit dieser Frage hängen der Analogieschluss und der Umkehrschluss zusammen: Beide Schlüsse sind logisch absolut gleichwertig und die Verweisung auf die Analogie oder auf das argumentum e contrario bildet an sich also überhaupt keine Begründung einer Stellungnahme. Nur das Werturteil auf Grund der konkreten Verhältnisse kann angeben, welcher der beiden Schlüsse zur Anwendung kommen solle. Vgl. Ehrlich, ArchZivPr. 115, 353; Reichel 104; Rümelin, Werturteile 16; Egger, Rechtsprechung 12; Kelsen 96/97; Schindler, Recht 80; Brütt 78.

¹³⁵⁾ Vgl. vorn zu N 99.

sie uns doch die unter dem Gesichtspunkt der formalen Gerechtigkeit richtige Fragestellung, womit schon sehr viel gewonnen ist.

e) Jedes eigene Werturteil ¹³⁶⁾, auf das wir verwiesen werden, ist in Berücksichtigung sämtlicher für das positive Recht massgebenden ausserrechtlichen Faktoren zu fällen: der transzendenten, durch die induktive Methode erkannten Werte ¹³⁷⁾, der Realien und der praktischen Realisierbarkeit.

Zu den Realien gehören auch die von der Entscheidung betroffenen Interessen, die von der sog. *Interessenjurisprudenz* als Masstab aufgestellt worden sind ¹³⁸⁾. Diese sind aber für sich allein überhaupt nicht geeignet, ein Urteil zu ermöglichen; die Wahl zwischen den einander gegenüberstehenden Interessen kann nur auf Grund anderer Gesichtspunkte getroffen werden.

Erwähnt werden muss hier namentlich die sog. *teleologische Methode*, die auf die *ratio legis* abstellt, dh. auf den Sinn oder Zweck der Norm ¹³⁹⁾. Dieser Sinn der Norm ist aber identisch mit dem vom Gesetzgeber gefällten und wenigstens im allgemeinen für den Richter verbindlichen Werturteil. Vom Standpunkt dieser Arbeit aus muss die teleologische Methode also als richtig bezeichnet werden, wobei aber nicht übersehen werden darf, dass sie uns über viele Schwierigkeiten nicht hinweghelfen kann ¹⁴⁰⁾. Namentlich in den schwierigen Auslegungs- und Lückenfüllungsfällen setzt die Rechtsanwendung eigene Werturteile voraus, wobei allerdings das in der gesetzlichen Norm enthaltene Werturteil einen wertvollen Ausgangspunkt darstellt.

f) Speziell zu erwähnen ist noch die *Hilfsmethode des Vergleichens*. Wir haben bereits festgestellt, dass sie allein uns die transzendenten Werte erkennen lässt und dass ihr daher im Rahmen der Rechtswissenschaft und -praxis eine überragende Bedeutung zukommt ¹⁴¹⁾.

¹³⁶⁾ Vgl. Rümelin, Werturteile 6; Egger, Rechtsprechung 12/13.

¹³⁷⁾ Savigny I 223 spricht hier vom inneren Wert des Resultates.

¹³⁸⁾ Vgl. Ehrlich, ArchZivPr. 115, 267 ff.; Heck, Gesetzesauslegung 11 ff, 225, Rechtsgewinnung 29 ff. und dazu Germann, ZSR 68, 305 N 14.

¹³⁹⁾ Vgl. Brütt 57, 71; Reichel 67, 76; Germann, Grundfragen 111 ff.; Esser 184; Simonius, ZSR 48, 5; Egger, N 10 zu ZGB 1, Rechtsprechung 20; Plattner, ZblStGV 50, 65; ausserdem Savigny I 223 ff.; Rümelin, Begriffsbildung 17; vgl. auch die kritischen Bemerkungen von Burckhardt, Methode 55 und dazu Germann 114 N 13; BGE 76 II 228/29.

Der Sinn des Gesetzes ist auch massgebend für die Beurteilung der Frage, ob eine Lücke vorliege; vgl. z. B. BGE 75 II 352/53.

¹⁴⁰⁾ Vgl. Brütt 154.

¹⁴¹⁾ Vgl. vorn nach N 81 und ausserdem Burckhardt, Organisation 246; Stark 101.

Eine besondere Art des Vergleichens finden wir in der Rechtsvergleichung¹⁴²⁾, deren Material uns das Studium der ausländischen Rechte liefert¹⁴³⁾. Wir können aber als Vergleichsobjekt auch eine frühere Rechtsordnung wählen und die Rechtsvergleichung statt in der horizontalen in der vertikalen Ebene betreiben¹⁴⁴⁾.

Im Rahmen dieser Arbeit kann die Rechtsvergleichung nur eine Hilfsfunktion erfüllen. Sie soll uns ermöglichen, vom schweizerischen Recht Abstand zu gewinnen; sie soll uns die Erfahrung, den Blick weiten und damit die zu fällenden Werturteile auf eine breitere Basis stellen¹⁴⁵⁾.

In diesem Sinne soll im folgenden nach der Erörterung der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers gemäss der das schweizerische Recht betreffenden Judikatur und Literatur auf das römische und das Pandektenrecht (§ 3), auf das deutsche und oesterreichische (§ 4) und auf das französische (§ 5) Recht kurz eingetreten werden. Dabei beschränken wir uns auf die Darstellung der betreffenden Rechtsgebiete, ohne vorläufig laufend Parallelen zu ziehen.

§ 2.

Die schweizerische Judikatur und Literatur zu ZGB Art. 679

I. DIE RECHTSLAGE VOR ERLASS DES ZGB

Die französische Revolution hatte in den schweizerischen Kantonen die meisten bodenrechtlichen Institute mit der überlieferten allgemeinen Unfreiheit, mit der sie in mehr oder weniger engem Zusammenhang standen, hinweggefeht. Die schweizerischen Kantone waren daher im 19. Jahrhundert gezwungen, auf dem Gebiete des Eigentums und der andern dinglichen Rechte an Grund und Boden neue Bestimmungen zu erlassen¹⁾.

In diesem Rahmen wurde auch das Nachbarrecht in den meisten Kantonen mehr oder weniger eingehend normiert. *Eugen Huber* führt die betreffenden kantonalrechtlichen Bestimmungen zum Teil auf die früher intensivere Gemeinschaftlichkeit der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung

¹⁴²⁾ Vgl. das einschlägige Werk von Schnitzer, namentlich S. 67 und ausserdem Egger, Rechtsprechung 49/50; Baumgarten 66; Esser 43; Riese, droit civil comparé 172 erwähnt, dass die Rechtsvergleichung mit der induktiven Methode arbeitet.

¹⁴³⁾ Vgl. Schnitzer 32; Riese, droit civil comparé 174.

¹⁴⁴⁾ Vgl. Baumgarten 65; Schnitzer 21 ff., 33.

¹⁴⁵⁾ Vgl. Riese, droit civil comparé 179, 183/84, 187.

¹⁾ Vgl. Huber, Erläuterungen II 4.

des Bodens zurück, wobei er als Beispiel auf § 72 des thurgauischen Flurgesetzes vom 29. August 1875²⁾ verweist. Im übrigen erklärt er sie mit Gründen der Billigkeit, der Rücksicht auf den nachbarlichen Frieden und mit dem wohlverstandenen Interesse der Nachbarn untereinander.

Eine Durchsicht dieser kantonalrechtlichen Bestimmungen zeigt, dass neben Normen, die allgemein die Rücksichtnahme auf die Nachbarn verlangen³⁾ und damit als Vorläufer von ZGB 684 angesehen werden können, viele Sondervorschriften bestanden, wie wir sie auch im ZGB und andern heute noch geltenden Kodifikationen wieder finden⁴⁾.

Die nähere Darstellung dieser kantonalrechtlichen Vorschriften, die vor 1912 in Kraft waren, erübrigt sich in dieser Arbeit⁵⁾.

Wesentlich für uns ist dagegen die Frage der Sanktion der Verletzung dieser Vorschriften. *Eugen Huber* weist nur darauf hin, dass die Beschränkungen des Grundeigentums aus Nachbarrecht — er lehnt die Theorie der Legalservituten⁶⁾ ab — in dem Sinne aufgestellt worden seien, «dass daraus für den einen Nachbar ein privatrechtlicher Anspruch gegen den andern entsteht, und zwar im Verhältnis des einen Grundstückes zum andern⁷⁾».

Eine spezielle Norm, die die zivilrechtliche Sanktion für die Verletzung der nachbarrechtlichen Bestimmungen aufgestellt hätte und damit als Vorgängerin von ZGB 679 angesehen werden könnte, finden wir in jenen Rechten noch nicht. Es bestand also namentlich auch in der Schweiz vor Erlass des ZGB keinerlei spezielle Haftung des Grundeigentümers für die Folgen von Ueberschreitungen des durch die nachbarrechtlichen Normen festgelegten Umfangs des Grundeigentums-

²⁾ Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut: «In der Regel bilden die in einer Ortsgemeinde wohnenden Rebenbesitzer die Korporation, welche mit Mehrheit der anwesenden Stimmberechtigten oder deren Bevollmächtigten für die ganz oder doch zum grössern Teil in ihrem Ortsbanne gelegenen Weinberge die allgemein verbindlichen Anordnungen über die Weinlese beschliesst.» Sie ist heute noch in Kraft mit der durch die §§ 34, Ziff. 4, 36 Ziff. 3 lit. b und 144 Ziff. 18 des EG zum ZGB getroffenen Abänderung, dass das Stimmrecht jetzt allen beteiligten Grundbesitzern, also auch den ausserhalb der betr. Ortsgemeinde wohnhaften, zusteht. (Vgl. Thurgauisches Rechtsbuch 1948, II S. 1301.)

³⁾ Vgl. Blumer 149.

⁴⁾ Vgl. ZGB 685 ff.; C.c. 640 ff.; BGB 906 ff.

⁵⁾ Vgl. die sehr wertvolle Darstellung von Eugen Huber, Privatrecht III 272 ff.

⁶⁾ Vgl. dazu Leemann N 23 zu ZGB 680.

⁷⁾ Privatrecht III 273.

rechts^{7a)}). Das Sachenrecht beschränkte sich darauf, festzulegen, worin eine solche Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts zu sehen sei. Wenn eine Ueberschreitung vorlag, wurde das betreffende Verhalten des Grundeigentümers damit einfach als **widerrechtlich** qualifiziert. Nur in Einzelfällen sahen die nachbarrechtlichen Bestimmungen spezielle Natural sanktionen vor, die wir übrigens auch heute noch kennen, wie z. B. das Kapprecht⁸⁾).

Daraus ergibt sich aber nicht, dass in den andern Fällen eine Sanktion im Sinne des Haftpflichtrechts überhaupt gefehlt hätte. Vielmehr diene die durch das Nachbarrecht statuierte Widerrechtlichkeit zur Begründung einer deliktischen Haftpflicht nach den allgemeinen Bestimmungen des OR, sofern die weiteren Voraussetzungen dieser zivilrechtlichen Verantwortlichkeit, also namentlich das Verschulden und ein Schaden vorlagen⁹⁾. Massgebend waren die OR 41 ff. im wesentlichen entsprechenden Art. 50 ff. aOR.

Die kantonalen Rechte der Schweiz standen also auf dem gleichen Boden wie die grossen 1804 und 1896 geschaffenen Kodifikationen von Frankreich¹⁰⁾ und Deutschland¹¹⁾. Wenn das ZGB hier einen andern Weg eingeschlagen hat, basiert es damit nicht etwa auf einer besonderen, nur dem schweizerischen Rechtsgebiet oder einem Teil davon eigentümlichen Ueberlieferung. Der Art. 679 ZGB bedeutete vielmehr auch für die Schweiz eine neue Bestimmung, die wohl als Folgerung aus den im 19. Jahrhundert auch in den Nachbarstaaten gesammelten Erfahrungen angesehen werden kann.

II. DIE MATERIALIEN ZU ZGB 679 UND ZU OR 58

Schon im Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes zum ZGB vom Jahre 1900 finden wir als Art. 679¹²⁾ eine Be-

7a) Die actio negatoria war also auch in der Schweiz nicht mit einem Schadenersatzanspruch ohne Verschulden verbunden; vgl. z. B. BGE 19, 269 und hinten § 3 N 27a; a.M. SJZ 6, 30 (für das zürcherische Recht).

8) Wir sehen hier davon ab, auch auf die Frage der heute bestehenden Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche näher einzutreten.

9) Vgl. Bauhofer 161; Rothenhäusler 78; Keller 35/36; Wieland N 1 zu ZGB 679; BGE 14, 486; 19, 269; SJZ 4, 84.

10) Vgl. hinten § 5.

11) Vgl. hinten § 4.

12) Der Artikel hatte folgenden Wortlaut: «Wird jemand dadurch, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, geschädigt oder mit Schaden bedroht, so kann er auf Beseitigung der Verletzung oder Vorkehrung zum Schutze

stimmung, die inhaltlich im wesentlichen dem Art. 679 des geltenden ZGB entspricht ¹³⁾).

Da *Eugen Huber*, allerdings unter der Mithilfe massgebender Mitarbeiter, diesen Vorentwurf ausgearbeitet hat, ist wohl mit *Rothenhäusler* ¹⁴⁾ anzunehmen, dass diese Norm von ihm aufgestellt wurde.

In den Erläuterungen ¹⁵⁾ geht *Eugen Huber* mit keinem Wort auf die Herkunft der fraglichen Bestimmung ein. Er weist auf den verwandten, dem heutigen Art. 58 OR entsprechenden Art. 67 aOR hin und führt ZGB 679 auf den gleichen Grundgedanken zurück, immerhin mit der Bemerkung, dass keine Mangelhaftigkeit eines Werkes vorausgesetzt, sondern die Verantwortlichkeit schon an die Ueberschreitung der rechtlichen Grenzen des Eigentums geknüpft werde. Er betont, dass der Verschuldensfrage keine Bedeutung zukomme ¹⁶⁾, aber wirklich eine Ueberschreitung des Eigentumsrechts gegeben sein müsse. Eine solche liege nicht vor, wenn das Eigentum an sich den Schaden gestiftet habe; vielmehr werde sie immer ein Verhalten in sich schliessen, das wenigstens über das blosse Bestehen des Eigentumsgegenstandes hinausgehe.

Eigenartigerweise gab Art. 679 des Vorentwurfes trotz seiner Neuheit zu keinen grossen Diskussionen Anlass. In der Expertenkommission verlangte zwar *Reichel* entweder seine Streichung oder die Einfügung des Wortes «widerrechtlich» ¹⁷⁾, das er im Sinne von «schuldhaft» verstanden haben wollte. Ausserdem betrachtete er den Begriff der Eigentumsüberschreitung als zu vage. *Winkler* befürwortete die von *Reichel* vorgeschlagene Modifikation des Textes, um Notstandshandlungen auszu-schliessen.

Huber lehnte die Beschränkung der Anwendbarkeit des Artikels auf die Fälle schuldhafter Eigentumsüberschreitungen ab, weil dadurch dem Artikel seine Bedeutung und selbständige Existenzberechtigung genommen würde ¹⁸⁾. Die Einführung des Wortes «widerrechtlich» betrachtete gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen.

Vorbehalten bleiben die öffentlich rechtlichen Vorschriften zum Schutze von Personen und Eigentum».

¹³⁾ Dies trifft nicht zu für den französischen Text, wo für Ueberschreitung des Eigentumsrechts der Ausdruck «abus» verwendet worden war, der heute durch «excès» ersetzt ist. Vgl. die Voten von *Gottofrey* und *Schmid* in der Expertenkommission. Das Wort «abusif» wird trotzdem verwendet, z. B. in *ZhJV* 61, 125; *Semjud.* 36, 487.

¹⁴⁾ S. 73.

¹⁵⁾ II S. 93—95.

¹⁶⁾ Dies ist heute unbestritten; vgl. hinten N 40.

¹⁷⁾ Vgl. Protokoll der Expertenkommission, 1902, über Art. 679.

¹⁸⁾ Die gegenteilige Auffassung war von *Rümelin* in *Schmollers Jahrbuch* 25, 1533 vertreten worden.

er als überflüssig; denn die Widerrechtlichkeit ergebe sich aus dem Begriff der Ueberschreitung ¹⁹⁾). Auch den Streichungsantrag von *Reichel* lehnte er ab mit der Begründung, dass der Beweis der Voraussetzungen der Werkeigentümerhaftung häufig ausserordentlich schwierig sei. Diese strengere Verantwortlichkeit könne dem Grundeigentümer angesichts der Vorteile, die ihm die Rechtsordnung gewähre, wohl zugemutet werden.

Die Expertenkommission nahm darauf den Abs. 1 des diskutierten Artikels — der Absatz 2 enthielt einen Vorbehalt öffentlich-rechtlicher Vorschriften und wurde gestrichen — mit grosser Mehrheit an.

Der Bundesrat wies in seinen Botschaften an die Bundesversammlung zum ZGB ²⁰⁾ und zum OR ²¹⁾ auf die Verwandtschaft der neuen Bestimmung mit aOR 67 hin und betonte, dass niemand, der mit den Verhältnissen vertraut sei, sie werde entbehren wollen. Dabei erwähnte er, dass die Einführung einer allgemeinen Gefährdungshaftung für Schaden aus Werkanlagen, Betriebseinrichtungen und andern Vorkehrungen, die eine aussergewöhnliche Gefährdung von Personen und Sachen herbeiführen, in Erwägung gezogen worden sei

Im Nationalrat ²²⁾ äusserten sich nur die beiden Referenten *Huber* und *Rossel* zur fraglichen Bestimmung. Beide wiesen auf die Verwandtschaft mit Art. 67 aOR hin und betonten, dass das Verschulden keine Haftungsvoraussetzung darstelle.

Im Ständerat ²³⁾ wurde der betreffende Art. 670 des vor den Räten liegenden Entwurfes ebenfalls ohne Diskussion auf Grund der kurzen Ausführungen des Referenten *Hoffmann* angenommen.

Die Spezialhaftpflicht des Grundeigentümers figurierte auch im Entwurf zum neuen OR als Art. 1073 Abs. 1 ²⁴⁾, da man sich nicht klar war, ob sie ins ZGB oder ins OR gehöre ²⁵⁾. Daher gab diese neue Haftungs-

¹⁹⁾ Vgl. hinten N 42.

²⁰⁾ Vom 28. 5. 1904, S. 66/67.

²¹⁾ Vom 3. 3. 1905, S. 16/17.

²²⁾ Stenographisches Bulletin XVI (1906) S. 537 und 538.

²³⁾ Stenographisches Bulletin XVI (1906) S. 1270.

²⁴⁾ Art. 1073 ist der Vorgänger des heutigen Art. 58 OR und handelte hauptsächlich von der Werkeigentümerhaftung. Sein Absatz 1 lautete aber folgendermassen: «Jeder Grundeigentümer hat den Schaden zu ersetzen, den er mit oder ohne Verschulden einem anderen durch Ueberschreitung seines Grundeigentumsrechts verursacht».

²⁵⁾ Vgl. *Froelicher* 42.

art auch in der Kommission des Nationalrates zur Beratung des OR zu Diskussionen Anlass ²⁶⁾).

Müri beantragte, die Haftpflicht des Grundeigentümers an die Voraussetzung zu knüpfen, «dass er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet habe oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre». Er wollte also dem Grundeigentümer den Sorgfaltsbeweis einräumen, der heute dem Tierhalter, dem Geschäftsherrn und dem Familienhaupt zur Verfügung steht. *Spahn* schlug überhaupt den Ausschluss der Zufallshaftung vor, zog aber seinen Antrag noch vor der Abstimmung wieder zurück. Nach Rückweisung von Art. 1073 an die Kommission trat *Eugen Huber* gegen den Antrag *Müri* auf und erreichte dessen Streichung.

III. DIE INTERPRETATION DER GRUNDEIGENTÜMERHAFT- PFLICHT IN LITERATUR UND JUDIKATUR

1. Der Begriff der Ausübung des Eigentumsrechts

Fast jede Ursache eines Schadens wird auf einem Grundstück gesetzt: Wer jemanden erschießt, schießt von einem Grundstück aus; wer kreditschädigende Briefe verschickt, schreibt sie im allgemeinen auf einem Grundstück. Es ist ohne weiteres klar, dass deswegen noch nicht eine Haftpflicht des Grundeigentümers aus ZGB 679 in Frage kommen soll, dh. dass darin keine Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts gesehen werden kann.

Die Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts ist vielmehr nur möglich bei der Ausübung dieses Rechts. Sie liegt also nur vor, wenn das Grundstück nicht nur der zufällige Standort des Handelnden ist ²⁷⁾. Der Schaden muss aber doch vom betreffenden Grundstück aus verursacht werden und nicht nur mit dessen Benutzung in Zusammenhang stehen ²⁸⁾.

²⁶⁾ Vgl. Protokoll der Kommission des Nationalrates zur Beratung des OR, 3. Sitzung vom 7. Sept. und 14. Sitzung vom 24. Nov. 1909.

²⁷⁾ Vgl. Blumer 127; v. Tuhr/Sieggwart I 392; Froelicher 76; Schlegel 38 N 5; Wegmann 11; Ripert, propriété 196; Prax 184/85; Roemer 18/19; Homberger/Marti SJK 430; Semjud 40, 79; SJZ 30, 251; ZbJV 66, 17; 71, 129; Guisan JdT 99, 140 stellt auch bei der Frage der Anwendbarkeit von ZGB 679 gegenüber dem Staat darauf ab, ob die Liegenschaft nur das «théâtre» des rechtswidrigen Verhaltens oder das Instrument dazu gewesen sei.

²⁸⁾ Vgl. ZbJV 71, 129. Es muss sich auch um Grundeigentum handeln; in dem in SJZ 39, 200/01 publizierten Entscheid des Luzerner Obergerichtes vom 8. 11. 1940 wird allerdings ZGB 679 analog auf Fahrniseigentum angewendet. Vgl. auch BS 1941—42, 120.

Die Anwendung von ZGB 679 setzt daher voraus, dass die Schädigung bei einer Ausübung des Grundeigentumsrechts verursacht wird. Dieses Erfordernis wurde vom Bundesgericht in seiner Entscheid 73 II 154 ausdrücklich erwähnt. Wir finden es auch in der Literatur immer wieder angeführt²⁹⁾).

Damit stellt sich die Frage, was unter «Ausübung des Eigentumsrechts» zu verstehen sei, unter welchen Voraussetzungen ein bestimmtes Verhalten³⁰⁾ als Ausübung des Eigentumsrechts angesehen werden könne.

Der Begriff der Ausübung des Grundeigentumsrechts ist von den verschiedenen Gerichten und Autoren verschieden umschrieben worden, wobei aber der Sinn der verschiedenen Umschreibungen meistens ungefähr identisch ist.

Das Bundesgericht³¹⁾ hat als Ausübung des Eigentumsrechts die *Bewirtschaftung und Benutzung* des Eigentumsobjektes bezeichnet. Blumer³²⁾ vertritt die Auffassung, dass nicht die einzelne Benutzungshandlung, sondern die Bewirtschaftung als solche die Eigentumsausübung darstelle, dass also auch eine bestimmte *Kontinuität* als Kriterium der Eigentumsausübung zu betrachten sei. Ein einmaliges Schadensereignis könne nur dann als Folge der Eigentumsausübung bezeichnet werden, wenn eine mit dem Betrieb auf dem Grundstück verbundene Gefahr sich zum Nachteil des Nachbarn realisiert habe, ohne dass direkt ein falsches Verhalten vorliegen müsse.

Dieses Moment der Kontinuität wird auch von *Rothenhäusler*³³⁾ verlangt, der im weiteren darauf hinweist, dass eine Ausübung des Grundeigentumsrechts dann vorliege, wenn die Eigenschaft als Grundeigentümer und das den Schaden verursachende Verhalten in einer inneren

²⁹⁾ Vgl. Leemann N 7 zu ZGB 679; Petitpierre ZSR 49, 78a; Bachmann 17; Blumer 169; Wieland N 3 zu ZGB 679; Roemer 17.

³⁰⁾ Ob überhaupt ein Verhalten des Grundeigentümers oder einer andern Person den Schaden verursacht haben muss, oder ob die blossе Tatsache der objektiven Überschreitung der rechtlichen Eigentumsgrenzen genügt, ist wiederum umstritten; vgl. hinten N 172.

³¹⁾ BGE 40 II 345. In BGE 76 II 131 wird erklärt, dass es nicht auf die Nutzung des Grundstückes ankomme. Vgl. ZbJV 71, 129, wo eine wesentliche Beziehung zwischen der Schädigung und dem betr. Grundstück verlangt wird. Der bernische Appellationshof erwähnt die Verursachung des Schadens durch bestimmte Einrichtungen auf dem Grundstück und deren Verwendung resp. durch die Benutzung des Grundstückes. Vgl. auch Roemer 17/18.

³²⁾ S. 168 und 170; vgl. auch Oftinger II 398.

³³⁾ 81/82; vgl. auch Roemer 18/19.

Beziehung, in einem nicht nur zufälligen, sondern rechtlich relevanten Verhältnis stehen. Dagegen sei für die Prüfung der Frage der Rechtsausübung gleichgültig, ob die Tätigkeit zum Vergnügen oder zum wirtschaftlichen Nutzen ausgeübt werde.

Bachmann ³⁴⁾ will demgegenüber auf den Zweck des Verhaltens abstellen, wobei für ihn aber nicht die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichem und nicht-wirtschaftlichem Zwecke massgebend ist, sondern die Beziehung des Verhaltens zur Zweckbestimmung des Grundstücks. Er betrachtet demnach als Ausübung des Grundeigentumsrechts jedes menschliche Verhalten, das durch die Zweckbestimmung des Grundstücks bedingt wird.

Nach *Leemann* ³⁵⁾ muss die schädigende Handlung oder Unterlassung zum konkreten Grundstück derart in Beziehung stehen, dass sie ohne dieses nicht möglich wäre. Enger lautet die Umschreibung von *Wieland* ³⁶⁾, der darauf abstellt, ob der Schaden so beschaffen sei, dass er im einzelnen Fall nur durch dieses Grundstück hätte gestiftet werden können. Dieser Kommentator führt im weiteren aus, man werde im allgemeinen nur denjenigen Schaden unter ZGB 679 subsumieren können, der mit bestimmten Einrichtungen auf dem Grundstück oder deren Verwendung verbunden sei, nicht dagegen die persönlichen Betätigungen des Grundeigentümers.

Im wesentlichen gleich äussert sich *Haab* ³⁷⁾. Ähnlich führt *Curti* ³⁸⁾ aus, die Handlung müsse mit dem Eigentum in einem derartigen Zusammenhang stehen, dass sie ohne das konkrete Grundstück nicht möglich wäre.

Diese Zusammenstellung von in der schweizerischen Literatur und Jurisprudenz angewendeten Umschreibungen der Ausübung des Eigentumsrechts zeigt eine Vielfalt von Meinungen, die häufig mit verschiedenen Worten gleiche Gedanken zum Ausdruck bringen, im Einzelfall aber doch zu verschiedenen Lösungen führen können und namentlich nicht sehr präzise sind.

Auf die Gründe für die Wahl dieser oder jener Umschreibung des Begriffes der Rechtsausübung in bezug auf ZGB 679 wird im allgemeinen leider nicht näher eingetreten.

³⁴⁾ S. 30; vgl. dazu *Froelicher* 76.

³⁵⁾ N 7 zu ZGB 679; vgl. auch *Guisan*, *JdT* 99, 141.

³⁶⁾ N 3 zu ZGB 679.

³⁷⁾ N 6 zu ZGB 679; vgl. dazu *Roemer* 18 N 4.

³⁸⁾ N 5 zu ZGB 679.

2. Der massgebende Begriff der Rechtswidrigkeit

ZGB 679 knüpft die Haftung nicht an die Ausübung des Eigentumsrechts als solches, weshalb nicht jeder Schaden, der als Folge dieser Ausübung entsteht, unter die erwähnte Bestimmung fällt³⁹⁾. Es ist darin vielmehr eine Ueberschreitung des Eigentumsrechts⁴⁰⁾ vorausgesetzt. Es stellt sich daher die weitere Frage, wo die Grenze des Eigentumsrechts liege⁴¹⁾, sodass eine weitergehende Ausübung des Rechts als dessen Ueberschreitung angesehen werden müsse, oder mit andern Worten: Unter welchen Voraussetzungen wird die Ausübung des Eigentumsrechts widerrechtlich? Im Begriff der Ueberschreitung liegt das Moment der Rechtswidrigkeit⁴²⁾.

a) Es muss hier vorausgeschickt werden, dass im schweizerischen Zivilrecht nicht etwa eine Haftpflicht des Grundeigentümers für rechtmässige, aber die Nachbarn belästigende Handlungen besteht⁴³⁾. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Haftpflicht des Grundeigentümers in ZGB 679 eng mit dem Anspruch auf Beseiti-

³⁹⁾ Vgl. Rothenhäusler 84.

⁴⁰⁾ Gegen diese Formulierung Homberger in ZSR 49, 15a N 32; Reichel, Protokoll Expertenkommission für ZGB, 1902, zu Art. 679. Dass die objektive Ueberschreitung des Eigentumsrechts genügt und kein Verschulden vorausgesetzt wird, braucht wohl kaum erwähnt zu werden.

⁴¹⁾ Wo die nachbarrechtlichen Vorschriften zugunsten des einen verschoben werden, wirkt sich das zu Ungunsten des Nachbarn aus. Vgl. Wegmann 3/4 und hinten § 4 zu N 30 ff. Anders die polizeirechtlichen Vorschriften, vgl. Zwahlen 332.

⁴²⁾ Vgl. Huber, Protokoll der Expertenkommission zu Art. 679; Haab N 4 zu ZGB 679; Roemer 17; Homberger ZSR 49, 15a; Bachmann 133; Rothenhäusler 77/78 und namentlich N 220; Hauser 14, 17; Tobler SJZ 6, 61; Blumer 171/72; Froelicher 71; a.A. scheinen Homberger/Marti SJK 430 zu sein. Vgl. auch ZbJV 71, 129; Semjud. 38, 166; 61, 125; 69, 498; SJZ 30, 375; 17, 141/42; LU 1921, 77 und vorn N 19.

⁴³⁾ Vgl. BGE 76 II 132; a.M. Oser/Schönenberger N 69 zu OR 41; vgl. Bienenfeld 71. Dieses Problem der Haftung für rechtmässigen Schaden hat vor allem den französischen Juristen viel zu schaffen gemacht; vgl. hinten § 5, namentlich vor N 20. Im deutschen Recht spielt es bei den der GO unterstehenden und den übrigen, entsprechend geregelten Fällen eine Rolle; vgl. hinten § 4, Abschnitt IV, namentlich zu N 91. Vgl. im übrigen die eingeschränkte Haftpflicht für den im Notstand verursachten Schaden gemäss OR 52 II.

Homberger ZSR 49, 30 a sieht in den Gefährdungshaftungen eine Verantwortlichkeit für rechtmässigen Schaden, nicht aber in der Grundeigentümerhaftung, wie sich eindeutig aus dem von ihm S. 33a erwähnten Beispiel ergibt; vgl. hinten § 7 N 42 und zu N 83 ff.

gung und Unterlassung zusammenhängt⁴⁴⁾. (Dies will allerdings nicht heissen, dass diese beiden Ansprüche bei jeder Eigentumsüberschreitung gegeben seien. Wenn die übermässige Beeinträchtigung des Nachbarn durch andere Vorkehrungen behoben werden kann, kann der Geschädigte nur verlangen, dass diese Vorkehrungen getroffen werden⁴⁵⁾. Der Angesprochene muss sich auch mit einer gewissen Schädigung abfinden; so kann er sich gegen die Ausübung des Kapprechts nicht wehren mit dem Einwand, dass die Pflanzen dadurch Schaden leiden⁴⁶⁾.) Für die Folgen rechtmässigen Verhaltens könnte unter dem Gesichtspunkt der Gefahrtragung und des Interessenausgleiches wohl ein Haftpflichtanspruch, nicht aber ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch statuiert werden.

Bei überragenden Bauten ist es allerdings möglich, dass sich der Geschädigte mit einer Geldabfindung begnügen und den sein Recht verletzenden Zustand dulden muss, wenn er nämlich die Einsprachefrist verpasst hat⁴⁷⁾. Das Gesetz lässt aber keine Zweifel daran, dass es diesen Zustand als rechtswidrig betrachtet und verlangt dessen Beseitigung, allerdings in dem Sinne, dass der Geschädigte dem Ueberbauenden ein dingliches Recht einräumen muss. Es handelt sich bei dieser Ausnahmebestimmung also keineswegs um die Auferlegung einer Entschädigung für einen rechtmässigen Zustand, dessen Beseitigung wegen seiner Rechtmässigkeit nicht verlangt werden könnte.

Abgesehen von diesem Spezialfall steht dem Schädiger kein Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechts zur Einwirkung auf das Grundstück des Nachbarn gegen Geldabfindung zu⁴⁸⁾, auch wenn sein Betrieb in einem gewissen öffentlichen Interesse liegen mag⁴⁹⁾.

⁴⁴⁾ Vgl. Bachmann 145; Känzig 229—31; Bauhofer 149; BGE 56 II 358 und über die gegenteilige Lösung im französischen Recht B. Starck 178; ausserdem LU 1920, 86, der mit dieser Regelung nur scheinbar im Widerspruch steht; vgl. hinten § 7 N 138.

⁴⁵⁾ Vgl. BGE 65 II 159; Haab N 21 zu ZGB 684; Leemann N 22 zu ZGB 679; Rossel et Mentha Nr. 1284.

⁴⁶⁾ Vgl. BIZR 27, 186; vgl. auch ZbJV 61, 127/28, wo die Widerklage des zur Beseitigung von Bäumen verurteilten Grundeigentümers auf Ersatz des durch diese Beseitigung entstandenen Schadens abgelehnt wird.

⁴⁷⁾ Vgl. ZGB 674.

⁴⁸⁾ Vgl. Bachmann 68, der die analoge Anwendung von ZGB 674 auf Pflanzen befürwortet.

⁴⁹⁾ Die Bestimmungen über den Ueberbau sind zu unterscheiden von den nachbarrechtlichen Ansprüchen auf Durchleitungen, (ZGB 691—93), auf einen Notweg, (ZGB 694) und auf die Wegschaffung zugeführter Sachen (ZGB 700) gegen Entschädigung. Es handelt sich in diesen Fällen nicht um Ueberschreitungen des

b) Naheliegend ist im weiteren die Frage, ob eine Ueberschreitung des Eigentumsrechts voraussetze, dass gewisse schädliche Ereignisse und Zustände von einem Grundstück aus veranlasst werden und auf dem andern Grundstück sich verwirklichen, dass also die Kausalreihe die räumlichen Grundstücksgrenzen überschreite⁵⁰⁾; denn da die Grenzen der Grundstücke nicht von Natur aus gesetzt, sondern künstlich geschaffen sind, verhindern sie nicht, dass sich Handlungen des Grundeigentümers darüber hinaus auswirken⁵¹⁾.

Nach *Rothenhäusler*⁵²⁾ kann man von einer Ueberschreitung des Eigentumsrechts nur sprechen, wenn eine schädliche Einwirkung nach aussen durch Ueberschreiten der räumlichen Grundeigentumsgrenzen erfolgt. Auf dem gleichen Standpunkt steht *Hauser*⁵³⁾. *Blumer*⁵⁴⁾ vertritt die Meinung, dass die Schädigung eines Dritten innerhalb der Grenzen des schädigenden Grundstückes keine Ueberschreitung des Eigentumsrechts darstellen könne. Im gleichen Sinne äussert sich *Froelicher*⁵⁵⁾.

Grundeigentums durch den Ansprecher, sondern um eine Forderung gegen den andern Grundeigentümer auf Gewährenlassen eines Tuns auf dessen Grundstück. Vgl. *Blumer* 203/04; *Oser/Schönenberger* N 69 zu OR 41.

⁵⁰⁾ Ein interessanter Tatbestand in dieser Beziehung ergibt sich bei der Bekämpfung schädlicher Insekten, z. B. des Maikäfers, mit chemischen Mitteln auf eigenem Grund und Boden, wenn dabei die Bienen eines näher oder weiter entfernten Nachbarn mit vernichtet werden. Vgl. z. B. den Bericht der Bienenabteilung Liebfeld in der Schweiz. Bienenzeitung 1950 S. 406 ff. und den hinten § 4 N 62 erwähnten RGZ, sowie *Leemann* SJZ 33, 305; ausserdem *JW.* 1929, 1999. Vgl. auch das Verbot, den Nachbarn durch Grabarbeiten auf dem eigenen Grundstück zu schädigen (ZGB 685) und dazu *ZbJV* 66, 17 ff. und den nicht publizierten BGE vom 16. 12. 41 in Sachen F. gegen B. und G., wo S. 4 festgestellt wird, dass die Schädigung eines Hauses durch Senkungen des damit zusammengebauten Nachbarhauses als Ueberschreitung des Eigentumsrechts im Sinne von ZGB 679 erscheine, unabhängig davon, ob die Anlage des fraglichen Hauses mangelhaft sei oder nicht. Vgl. auch § 3 zu N 91 und den Tatbestand des in SJZ 17, 141/42 und *ZbJV* 69, 39 publizierten Urteils: Pferde hatten Eiben aus einem Garten gefressen und mussten in der Folge abgetan werden. (Ähnlicher Tatbestand: *LU* 1921, 77; *BS* 1916—20, 169 ff.) Im weiteren sei auf das Quellenrecht und namentlich ZGB 706 II verwiesen, wonach der Eigentümer bei schuldlosem Abgraben einer Nachbarquelle auf dem eigenen Grundstück nur nach Ermessen des Richters Schadenersatz zu leisten hat; vgl. hierzu *Leemann* N 22/23 zu ZGB 706/07.

⁵¹⁾ Vgl. *Guisan*, *JdT* 84, 307; *Keller* 69; *Froelicher* 77; *Wegmann* 1.

⁵²⁾ 75, 80; vgl. auch *Wegmann* 5/6.

⁵³⁾ 25.

⁵⁴⁾ 177.

⁵⁵⁾ 78; vgl. auch 83, wo *Froelicher* unter diesem Gesichtspunkt den BGE 70 II 93 angreift.

Die gegenteilige Meinung finden wir bei *Tobler* ⁵⁶⁾, der von *Rothenhäusler* deswegen a.a.O. angegriffen wird. *Tobler* nimmt eine Haftpflicht aus ZGB 679 auch für den Fall an, dass der Eigentümer in Ausübung seines Eigentumsrechts die Jauchegrube geöffnet hält und ein Kind hineinfällt.

Das *Bundesgericht* betrachtet als Einwirkung — allerdings im Sinne von ZGB 684 — alles, was sich auf unmittelbarem oder mittelbarem Wege auf dem Grundstück auswirkt ⁵⁷⁾. In BGE 70 II 94 hat es im Abgraben des Untergrundes unter einer fremden Leitung, die sich im eigenen Grundstück befindet, eine Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts erblickt. Es ist aber zu berücksichtigen, dass bei fremden Leitungen, die durch ein Grundstück führen, besondere Verhältnisse vorliegen. Diese können nicht ohne weiteres mit denjenigen zwischen dem Grundeigentümer einerseits und seinen Nachbarn, resp. irgendwelchen Personen, die sich auf seinem Grundstück aufhalten, anderseits verglichen werden. (Vgl. ZGB 676)

c) Auch wenn die Ueberschreitung der Grenzen des Grundstückes durch die Kausalreihe als Voraussetzung des Begriffes der Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts angesehen wird, was nahe liegt, kann darin sicher nicht das entscheidende Kriterium dieses Begriffes gesehen werden.

Nach *Rossel et Mentha* No. 1272 kann die Ueberschreitung entweder in mangelndem Unterhalt oder missbräuchlicher Verwendung ⁵⁸⁾ des Grundstückes bestehen. Man geht wohl nicht fehl, wenn man aus dieser Ausdrucksweise den Schluss zieht, dass auf die Art der Ursache des Schadens abgestellt werden soll, wie dies beim Haftungsgrund im Haftpflichtrecht üblich ist. Wenn *Leemann* ⁵⁹⁾ neben der Ausübung des Eigentumsrechts die objektive Widerrechtlichkeit ⁶⁰⁾ als Kriterium der Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts nennt, wobei er allerdings in erster Linie an die Verletzung nachbarrechtlicher Vorschriften denkt, ergibt sich daraus in Anbetracht der Unklarheit des Begriffes der Rechtswidrigkeit nicht, ob bei der Bestimmung des Begriffes der Ueberschrei-

⁵⁶⁾ SJZ 6, 62.

⁵⁷⁾ BGE 61 II 329; vgl. auch BS 1941—42, 64.

⁵⁸⁾ Das Bundesgericht lehnt es in Entscheid 75 II 119/20 m.E. mit Recht ab, aus der seinem öffentlich-rechtlichen Zweck entsprechenden Benützung eines Grundstückes den Schluss zu ziehen, dass der Nachbar sich die Einwirkung ohne Entschädigung gefallen lassen müsse.

⁵⁹⁾ N 7 ff. zu ZGB 679.

⁶⁰⁾ Vgl. Bauhofer 149; Rothenhäusler 78.

tung auf die Art der Ursache oder auf die Art der Wirkung abgestellt werden soll. Auch abgesehen von diesem Umstand gibt die Umschreibung dieses verdienten Kommentators keine wesentlichen Anhaltspunkte.

Nach *Wieland* ⁶¹⁾ liegt eine Ueberschreitung bei Schikane und bei unerlaubter Handlung ⁶²⁾ vor. Seine zweite Umschreibung dürfte sich im wesentlichen mit derjenigen von *Leemann* decken.

Homberger ⁶³⁾ betrachtet die Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts auch als unerlaubte Handlung. Er unterscheidet zwei Gruppen, wobei die Fälle mangelhafter Unterhaltung des Grundstücks samt Zubehör in die eine und die Fälle von Verletzung des Rechts der Nachbarn in die andere gehören.

Der erwähnten Verletzung des Rechts der Nachbarn kommt zweifellos für die Bestimmung des Begriffes der Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts eine überragende Bedeutung zu. *Oftinger* ^{63a)} sieht die Hauptfunktion von Art. 679 darin, die Sanktion zu den nachbarrechtlichen Vorschriften von ZGB 684 zu liefern. *Bachmann* ⁶⁴⁾ betont überzeugend, dass das Grundeigentumsrecht des Zivilgesetzbuches auf dem Gedanken aufgebaut ist, dass bei der Ausübung des Grundeigentums auf die Interessen der Nachbarn und der Allgemeinheit weitgehend Rücksicht zu nehmen ist. Nach seiner Auffassung liegt daher eine Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts nicht nur dann vor, wenn eine positive Norm verletzt worden ist, sondern in jedem Fall, in dem die soziale Gebundenheit des Grundeigentums missachtet worden ist. Mit dem Begriff der Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts soll Gewähr geboten werden, dass sich die bei der Ausübung des Rechts verfolgten eigenen Interessen in die nachbarliche Gemeinschaft einordnen und das Grundeigentumsrecht sozial ausgeübt werde ⁶⁵⁾. Eine ähnliche Meinung wird von *Blumer* ⁶⁶⁾ vertreten.

⁶¹⁾ N 2 zu ZGB 679.

⁶²⁾ Vgl. Homberger ZSR 49, 15a; Bachmann 133; Hauser 75; a.M. Blumer 168.

⁶³⁾ ZSR 49, 15a.

^{63a)} II 379; auch Schlegel 33 betont, dass dem Tatbestand von ZGB 679 stets ausgesprochen sachenrechtliche Beziehungen zu Grunde liegen. Derselbe Autor begründet S. 38 die verschärfte Haftpflicht des Grundeigentümers mit der ihm im Interesse der nachbarlichen Gemeinschaft auferlegten erhöhten Verantwortlichkeit.

⁶⁴⁾ 17.

⁶⁵⁾ Bachmann 39.

⁶⁶⁾ 169 ff.; vgl. auch Bachmann 68; Hauser 17; Tobler SJZ 6, 61; Guisan JdT 84, 307/08; Froelicher 78.

^{66a)} In SJZ 17, 142 wird die Eigentumsüberschreitung von vornherein verneint, wenn das Verhalten des Grundeigentümers auf seinem Grundstück keine sichtliche Gefahr für Dritte mit sich bringt.

Das *Bundesgericht* hat in Bd. 70 II 94 die unbefugte Einwirkung auf fremdes Gut generell als Ueberschreitung des Eigentumsrechts dargestellt. Nach BGE 73 II 154 setzt die Anwendbarkeit von ZGB 679 neben dem Zusammenhang mit der Art der Rechtsausübung voraus, dass die — wohl nicht räumlichen, sondern rechtlichen — Grenzen überschritten werden, innerhalb denen der Eigentümer in Berücksichtigung der Interessen der Dritten, Nachbarn oder nicht, hätte bleiben sollen^{66a}).

Aus diesen Auffassungen von *Bachmann*, *Blumer* u.a. und der Praxis ergibt sich die enge Beziehung zum Begriff des Inhalts des Eigentumsrechts. Ueberdies sei festgehalten, dass von diesen Juristen auf die Art der Wirkung abgestellt wird und nicht auf die Art der Ursache⁶⁷).

d) Bei der Bestimmung derjenigen Umstände, für die der Grundeigentümer verantwortlich sein soll, hat der Begriff der *Immissionen* eine erhebliche Rolle gespielt. Bei der Aufstellung der in Art. 684 II ZGB genannten Beispiele dürfte er massgebend gewesen sein. Nach *Blumer* bilden Fernwirkungen den Gegenstand der Immissionsbestimmungen, dh. Folgen von Vorgängen und Zuständen auf einem Grundstück, die bis zu einem gewissen Grad bei der normalen Grundstücksbenutzung erlaubt sind, im Uebermass aber verboten werden können⁶⁸). *Bachmann* stellt bei der Bestimmung des Begriffes der Immission darauf ab, ob sich die Einwirkung als notwendige Folge der Eigentumsausübung auf einem andern Grundstück ergebe. Die Widerrechtlichkeit sei dann anzunehmen, wenn die Einwirkung von einer gewissen Art und Intensität sei⁶⁹). Nach *Lecmann* sind Immissionen Einwirkungen, die von einem Grundstück durch die physikalische Vermittlung von Luft, Wasser und Erde erfolgen und mit der Bewirtschaftung der Grundstücke notwendig verbunden sind. Als primäres Begriffsmerkmal bezeichnet er die Unmöglichkeit, die Auswirkungen der Bewirtschaftung des Grundstückes in bestimmte Grenzen zu bannen⁷⁰).

Als Merkmal der Immission wird auch die Imponderabilienqualität der Einwirkung erwähnt, dh. die Tatsache, dass die Einwirkung durch eine unbestimmte Zahl kleinster Teilchen oder Tiere erfolgt. So bezeichnet *Haab* Einwirkungen durch kleine Tiere wie Fliegen, Mücken und einzelne Bienen noch als Immissionen, während er ganze Bienenschwärme, grössere Körper wie Steinsplitter aus einem Steinbruch und grössere

⁶⁷) Vgl. Bauhofer 103.

⁶⁸) S. 143; diese Umschreibung kann nicht als befriedigend bezeichnet werden, da sie mindestens teilweise eine *petitio principii* darstellt.

⁶⁹) S. 87; vgl. auch Roemer 34.

⁷⁰) N 1 und 8 zu ZGB 684.

Tiere wie Hühner, Hunde und Katzen nicht mehr als Einwirkungen im Sinne von ZGB 684 betrachtet ⁷¹⁾). Er begründet diese Abgrenzung mit der Feststellung, dass die Zuführungen grösserer Körper oder Tiere als unmittelbare Einwirkungen schlechthin und nicht nur bei Uebermässigkeit verboten seien ⁷²⁾).

Neben den materiellen werden auch immaterielle und ideelle Einflüsse als Immissionen bezeichnet. Ausserdem finden wir den Begriff der negativen Immissionen (z. B. Entzug von Sonnenlicht). Während die immateriellen und die ideellen Immissionen in der Schweiz unter dem Gesichtspunkt der Grundeigentüerverantwortlichkeit berücksichtigt werden ⁷³⁾), lehnt unsere Gerichtspraxis die Subsumtion der sog. negativen Immissionen unter den Begriff der Einwirkungen im Sinne von ZGB 684 ab ⁷⁴⁾).

Der Begriff der Immission und ihrer verschiedenen Arten leistet wertvolle Dienste für die Umschreibung derjenigen Einwirkungen, die zur Anwendung von ZGB 679 Anlass geben sollen; er ist aber ohne weitere Bedeutung für die Erkenntnis des Wesens der Grundeigentümerhaftpflicht nach ZGB 679. Es ist namentlich zu berücksichtigen, dass nicht nur Immissionen im klassischen Sinn unter Art. 679 fallen können, sondern auch Einwirkungen durch grössere Körper oder Tiere usw. Die für die Abgrenzung des klassischen Immissionsbegriffes massgebenden Kriterien stehen in keiner Beziehung zum Wesen der Grundeigentümerhaftpflicht und können daher für die Bestimmung des Bereiches der Anwendbarkeit von ZGB 679 nicht relevant sein. Richtigerweise hat deshalb das Bundesgericht weder die Imponderabilienqualität noch das entscheidende Begriffsmerkmal der Immissionen nach deutscher Rechtsprechung und

⁷¹⁾ N 8 und 11 zu ZGB 684; vgl. Leemann N 8 zu ZGB 684 und SJZ 33, 307; 47, 112. Leemann betrachtet auch die Zuführung von Käfern, Mäusen, Ratten und Tauben als Immission.

⁷²⁾ Ueber diese sog. unmittelbaren Einwirkungen, die nach ZGB 641 schlechthin verboten sind, vgl. auch Roemer 34, Schlegel 44/45; Homberger/Marti SJK 429; Wegmann 6; SJZ 42, 203/04 und hinten zu N 76.

⁷³⁾ Vgl. Blumer 146/47; Roemer 35; Schlegel 47; Bachmann 94; Wegmann 6/7; Oftinger II 578; Leemann N 10 ff. zu ZGB 684; Haab N 8 ff. zu ZGB 684; BGE 42 II 452/53.

⁷⁴⁾ Vgl. Blumer 147/48; Bachmann 89; a.M. Roemer 36/37; Bauhofer 97/98, der darauf hinweist, dass die kantonalen Bauvorschriften negative Immissionen häufig praktisch untersagen; vgl. dazu auch Schlegel 47, 55 ff.; Bachmann 91 und Leemann, SJZ 33, 306. In dem in SJZ 37, 139 ff. publizierten Entscheid wird die Subsumtion des Entzuges von Sonnenlicht unter ZGB 684 nicht schlechthin abgelehnt; vgl. auch ZbJV 61, 125; LU 1931, 20; GR 1919, 11 ff.; 1920, 94 ff.

Doktrin, die sinnliche Wahrnehmbarkeit, als Kriterien der Anwendbarkeit von 679/684 betrachtet ⁷⁵⁾). Es versteht vielmehr unter Einwirkung im Sinne von ZGB 684 alles, was auf unmittelbarem oder mittelbarem Wege von aussen her kommt und sich auf dem Grundstück auswirkt ⁷⁶⁾).

Nachdem eine reichhaltige Judikatur den Begriff der Immission schon ziemlich festgelegt hat und er auch in der Literatur schon verschiedentlich eingehend gewürdigt worden ist, erübrigt sich unter den geschilderten Umständen ein weiteres Eintreten auf die sich im Zusammenhang damit stellenden Fragen.

Festgehalten sei immerhin, dass Praxis und Literatur bei der Grenzziehung zwischen zulässigen und unzulässigen Immissionen nicht auf bestimmte Handlungen resp. Ursachen, sondern auf die Eigenschaften ihrer Wirkungen abstellen ⁷⁷⁾).

Im Zusammenhang mit dem Immissionsbegriff seien noch die Bedeutung der Praevention und der überdurchschnittlichen Empfindlichkeit des Geschädigten der Vollständigkeit halber erwähnt.

Literatur und Judikatur stehen auf dem Standpunkt, dass der Art der früheren Benützung eines Grundstückes bei der Prüfung der Uebermässigkeit einer bestimmten Einwirkung keine Bedeutung zukomme ⁷⁸⁾). Dies zeigt sich z. B. darin, dass bei der Beurteilung von Einsprachen gegen wahrscheinlich störende Bauten auch die zukünftige Benützung des beeinträchtigten Grundstückes berücksichtigt wird ⁷⁹⁾).

Die Irrelevanz der Praevention gilt aber nicht uneingeschränkt. *Bauhofer* ⁸⁰⁾ fordert ihre Berücksichtigung, wenn sonst unverhältnismässiger Schaden entstehen würde. *Rothenhäusler* ⁸¹⁾ will bei besonderen Verhältnissen der Praevention im Rahmen der Billigkeit Rechnung tragen. Demgegenüber hält *Bachmann* ⁸²⁾ Härte und Unbilligkeiten bei richtiger Interpretation von «Ortsgebrauch» und «Lage und Beschaffenheit des

⁷⁵⁾ Bachmann 85.

⁷⁶⁾ Vgl. BGE 61 II 329; SJZ 47, 112 und vorn N 72.

⁷⁷⁾ Vgl. Blumer 143.

⁷⁸⁾ Vgl. Blumer 188; Bauhofer 120; Rothenhäusler 87/88; Bachmann 114; Roemer 39; Haab N 19 zu ZGB 684; Leemann N 17 zu ZGB 684; BGE 40 II 448 ff.; 55 II 247; Semjud. 36, 487; 40, 202. Der Anspruch des Geschädigten wird auch nicht beeinträchtigt, wenn er sein Grundstück erst erworben hat, als der Störer seine störende Tätigkeit bereits ausübte; vgl. Semjud. 50, 324; ausserdem AR 1940/41, 37.

⁷⁹⁾ Vgl. Blumer 207; Bachmann 140/41; BGE 51 II 399; 58 II 117.

⁸⁰⁾ 120.

⁸¹⁾ 87/88.

⁸²⁾ 114.

Grundstückes» für ausgeschlossen. Nach BGE 40 II 448 ff. soll nur bei der Bemessung des Schadenersatzes auf die Praevention Rücksicht genommen werden; im übrigen müsse das Interesse des Einzelnen dem generellen weichen, wenn ein Quartier seine Art wechsle⁸³⁾.

Im Rahmen der Mitbestimmung des Ortsgebrauches kommt der Praevention selbstverständlich eine gewisse Bedeutung zu. Es handelt sich hier um eine Art Praevention der Mehrheit⁸⁴⁾. Haab⁸⁵⁾ und Leemann⁸⁶⁾ wollen wohl mit Recht bei der Prüfung der Uebermässigkeit einer Immission nicht auf die subjektiven Verhältnisse des Geschädigten, sondern auf den objektiven Masstab des Empfindens eines normalen Durchschnittsmenschen abstellen. Auf den gleichen Boden hat sich die Praxis gestellt^{86a)}.

e) Neben diesen Verstössen gegen nachbarrechtliche Vorschriften muss noch erwähnt werden, dass eine Ausübung des Eigentumsrechts auch öffentlich-rechtliche Normen verletzen kann. Namentlich die baupolizeilichen Vorschriften werden heute immer zahlreicher und einschneidender. In BGE 75 II 118 wird die Meinung vertreten, dass die Verletzung von Polizeivorschriften für die Beantwortung der Frage nach der Ueberschreitung des Eigentumsrechts nicht massgebend sei. Demgegenüber vertritt Zwahlen⁸⁷⁾ gestützt auf die herrschende objektive Theorie der Rechtswidrigkeit die Auffassung, dass die Klage aus ZGB 679 auch bei Verletzung des öffentlichen Rechts gegeben sei, wenn die betreffende Vorschrift im gegenseitigen Interesse der Grundeigentümer aufgestellt worden sei.

3. Einzelfragen

a) *Die Aktivlegitimation:* Nach einer weitverbreiteten Meinung ist jeder Mann zur Erhebung der Klage aus ZGB 679 aktiv legitimiert, also nicht nur der Eigentümer benachbarter und in der Nähe liegender

⁸³⁾ Vgl. auch Semjud. 36, 491. Die gleiche Auffassung finden wir in Frankreich; vgl. Bauhofer 119/20; Savatier I N 72.

⁸⁴⁾ Bauhofer 118; Haab N 19 zu ZGB 684; Roemer 39/40; Leemann N 27 zu ZGB 684. Ausserdem sei auf die Bedeutung der Praevention im Quellenrecht verwiesen: ZGB 706 ff.

⁸⁵⁾ N 16 zu ZGB 684; vgl. auch Roemer 39.

⁸⁶⁾ N 21 zu ZGB 684.

^{86a)} Vgl. BGE 65 II 158; ZbJV 55, 95; SJZ 11, 196; gl. M. für das französische Recht Mazeaud I N 605/06; Savatier I N 72.

⁸⁷⁾ 334; vgl. Froelicher 79; Homberger/Marti SJK 429; Wegmann 2; ZbJV 61, 124 ff.; Semjud. 36, 487/88; 38, 166/67 und hinten § 8 N 17.

Grundstücke, sondern auch die an diesen Grundstücken beschränkt dinglich und obligatorisch (Mieter und Pächter) Berechtigten und überhaupt jedermann, der aus irgend welchen Gründen durch eine Grundeigentumsüberschreitung beeinträchtigt, bedroht oder geschädigt wird. So äussern sich schon *Curti*⁸⁸⁾ und *Wieland*⁸⁹⁾. Die gleiche Auffassung vertreten ausserdem *Homburger/Marti*⁹⁰⁾, *Rothenhäusler*⁹¹⁾, *Schaerer*⁹²⁾, *Bachmann*⁹³⁾ und *Tobler*⁹⁴⁾, der, wie wir gesehen haben, auch die Schädigung von sich auf dem betreffenden Grundstück aufhaltenden Personen nach ZGB 679 beurteilen will. *Hauser*⁹⁵⁾ gesteht ausdrücklich auch jedem Passanten Ansprüche aus ZGB 679 zu. In dem in der SJZ 30, 375 publizierten Urteil vom 24.6.32 hat auch der Appellationshof des Kantons Bern den gleichen Standpunkt eingenommen^{95a)}. In GR 1925, 55 wird die Aktivlegitimation auch jedermann zuerkannt, aber mit der Einschränkung, dass die sich aus dem Nachbarrecht ergebenden Beschränkungen des Grundeigentumsrechts nur von den betroffenen anderen Grundeigentümern oder dinglich Berechtigten angerufen werden könnten.

*Leemann*⁹⁶⁾ anerkennt ebenfalls die Aktivlegitimation von jedermann, nennt aber neben den beschränkt dinglich Berechtigten nur Mieter und Pächter, also nicht diejenigen Personen, die zu den Nachbargrundstücken überhaupt keine rechtlichen Beziehungen haben. *Haab*⁹⁷⁾ anerkennt die Aktivlegitimation von jedermann nur als allgemeine Regel und weist darauf hin, dass im Einzelfall die Legitimation stets einer besonderen Prüfung auf Grund des Rechtssatzes bedürfe, dessen Missachtung behauptet werde. Er erwähnt aber neben den dinglich und obligatorisch Berechtigten doch auch alle Dritten. *Blumer*⁹⁸⁾ bestreitet zwar nicht, dass Art. 679 die Klage jedem Geschädigten zur Verfügung stellt, weist aber darauf hin, dass als geschädigte Nicht-Eigentümer hauptsächlich

⁸⁸⁾ N 1 zu ZGB 679; vgl. auch SJZ 17, 141 und Schlegel 37.

⁸⁹⁾ N 6 zu ZGB 679.

⁹⁰⁾ SJK 430.

⁹¹⁾ 110; vgl. auch 68.

⁹²⁾ N 3 zu ZGB 679.

⁹³⁾ 148.

⁹⁴⁾ SJZ 6, 62.

⁹⁵⁾ 24; vgl. Zwahlen 332; Roemer 21.

^{95a)} Vgl. auch SJZ 46, 380; SZ 1927, 19; 1948, 28/29; LU 1921, 77; BS 1916—20, 170.

⁹⁶⁾ N 26 zu ZGB 679; vgl. auch Bauhofer 123.

⁹⁷⁾ N 10 zu ZGB 679.

⁹⁸⁾ 186 ff.

dritte Benutzer des Nachbarbodens, kaum aber beliebige Dritte in Frage kommen dürften ⁹⁹⁾. *Froelicher* ¹⁰⁰⁾ vertritt demgegenüber die Auffassung, dass sich aus ZGB 679 eine Klage nur zugunsten der Nachbarn ergebe.

In Bd. 59 II 137 stellt sich auch das *Bundesgericht* auf den Standpunkt, dass die Ansprüche gegen den Grundeigentümer, der sein Eigentumsrecht überschreitet, jedermann zustehen, der dadurch geschädigt wird, also nicht bloss dem Eigentümer des Nachbargrundstückes, sondern auch sonstigen dinglich und obligatorisch Berechtigten. In einem späteren Entscheid ¹⁰¹⁾ hatte es die Frage zu beurteilen, ob auch der Eigentümer von Leitungen gegenüber dem Eigentümer des Grundstückes, durch das die Leitungen führen, aus ZGB 679 Klage erheben könne. Es hat diese Frage bejaht.

Interessant ist die Einschränkung der Aktivlegitimation, die sich aus der vom Bundesgericht vertretenen Abgrenzung zwischen OR 58 und ZGB 679 ergibt. Danach ist OR 58 auf die Schädigung von Personen und Mobilien, ZGB 679 auf die Einwirkung auf Grundstücke anzuwenden ¹⁰²⁾. Aus dieser Auffassung ergibt sich praktisch eine Beschränkung der Aktivlegitimation auf die dinglich und höchstens noch auf die obligatorisch an den Nachbargrundstücken Berechtigten. Dagegen können beliebige Dritte, z. B. Passanten, wegen Ueberschreitung des Eigentumsrechts durch einen Grundeigentümer keine Ansprüche aus ZGB 679 erheben, da sie ausschliesslich Personen- und ev. Sachschaden an Mobilien erlitten haben können ¹⁰³⁾. In BGE 75 II 120/21 wird dann die Aktivlegitimation ausdrücklich nur dem Besitzer des Nachbargrundstückes zuerkannt und festgehalten, dass sogar der am Grundstück nur nutzungsberechtigte Fischereipächter des nachbarrechtlichen Schutzes nicht teilhaftig werde.

b) *Die Passivlegitimation*: Wer unterliegt der Spezialhaftung von ZGB 679? Praktisch unangefochten ist die Meinung, dass der Eigentü-

⁹⁹⁾ Vgl. auch v. Tuhr/Siegwart I 392 N 28.

¹⁰⁰⁾ Vgl. 44, 92 ff.

¹⁰¹⁾ BGE 70 II 94.

¹⁰²⁾ BGE 61 II 326; vgl. auch das in Nr. 551 der NZZ vom 18. März 1949 publizierte Urteil.

¹⁰³⁾ Vgl. das hinten Abschn. IV unter Ziff. 2 erwähnte Beispiel.

mer des Grundstückes ¹⁰⁴⁾ der verschärften Haftpflicht für seine Ueberschreitungen des Eigentumsrechts ¹⁰⁵⁾ untersteht. Ueber diesen Punkt sind sich die Autoren und die Gerichte einig.

Umstritten ¹⁰⁶⁾ ist dagegen die Frage, ob auch Nicht-Eigentümer, die das Eigentumsrecht auf einem Grundstück auf Grund einer dinglichen oder obligatorischen Berechtigung ausüben, der speziellen Haftpflicht von ZGB 679 unterstehen ¹⁰⁷⁾. Können auch der Nutzniessungsberechtigte, der Mieter und der Pächter, auf Grund von ZGB 679 verantwortlich gemacht werden, selbst wenn sie kein Verschulden trifft?

Den Kausalhaftungen des ZGB, des OR und der Spezialgesetze unterstehen nur diejenigen Personen, die alle in den betreffenden Normen umschriebenen Voraussetzungen erfüllen: Für das Verhalten eines Unmündigen haftet nur das Familienhaupt kausal, für die Arbeitnehmer nur der Geschäftsherr, für den von einem Tier verursachten Schaden nur der Tierhalter. Der Dritte, der das Tier gereizt hat, haftet nur bei Verschulden nach OR 41. Ebenso kann nur der Werkeigentümer nach OR 58 ins Recht gefasst werden, unabhängig davon, wer das Werk mangelhaft hergestellt oder unterhalten hat. Die gleiche Regelung gilt bei den Spezialgesetzen; so haftet nur der Autohalter, nicht aber der Lenker, nur der Eisenbahnunternehmer, nicht aber der Lokomotivführer kausal, dh. ohne Verschulden. Der Lenker und der Lokomotivführer können nur persönlich belangt werden, wenn sie ein Verschulden trifft. Noch einen Schritt weiter ging der Gesetzgeber bei der Haftung für Unfälle im Militärdienst nach MO 27—29 in Verbindung mit Art. 103 des Verwaltungsreglementes der schweizerischen Armee vom 30. März 1949. Danach haftet die den Unfall verursachende Militärperson nicht nur nicht kausal nach MO 27/28, sondern gegenüber dem Geschädigten auch nicht nach OR 41. Sie kann vielmehr vom Geschädigten überhaupt nicht

¹⁰⁴⁾ In BGE 75 II 118/19 wird die Frage offen gelassen, ob eine Kanalisation, die durch fremde Grundstücke führt, als selbständiges Grundstück im Sinne von ZGB 679 betrachtet werden könne. Vgl. BGE 70 II 94 und die bei der Werkeigentümerhaftung festzustellende Tendenz, in Bezug auf Bestandteile und Zubehör über den sachenrechtlichen Eigentumsbegriff hinauszugehen.

¹⁰⁵⁾ Von der Frage nach der Passivlegitimation zu unterscheiden ist diejenige, ob der Grundeigentümer für die Ueberschreitungen seines Eigentumsrechts durch andere Personen einzustehen hat; vgl. hinten Abschn. c.

¹⁰⁶⁾ Vgl. Haab N 11—13 zu ZGB 679.

¹⁰⁷⁾ Die Passivlegitimation der beschränkt dinglich und obligatorisch Berechtigten auf Grund anderer Haftungsbestimmungen ist hier nicht zu prüfen und dürfte übrigens ausser Frage stehen.

belangt werden, sondern nur vom Bund auf dem Wege des Rückgriffes nach MO 29¹⁰⁸⁾).

In bezug auf ZGB 679 wird keineswegs allgemein die Meinung vertreten, dass nur der Grundeigentümer der Spezialhaftpflicht von ZGB 679 unterstehen solle.

Auf dem Standpunkt der ausschliesslichen Passivlegitimation des Grundeigentümers für Klagen aus ZGB 679 steht *Leemann*¹⁰⁹⁾, der neben den Grundeigentümern nur die Inhaber von selbständigen und dauernden Rechten, die nach ZGB 655 als Grundstücke behandelt werden, der strengen Haftung von ZGB 679 unterstellt. Im gleichen Sinne äussert sich *Curti*¹¹⁰⁾.

Auch *Bachmann*¹¹¹⁾ spricht von der ausschliesslichen Passivlegitimation des Eigentümers; er will aber doch die beschränkt dinglich Berechtigten im Rahmen ihres Rechts gleich wie den Grundeigentümer haften lassen. Im gleichen Sinne will *Haab*¹¹²⁾ auch die beschränkt dinglich Berechtigten nach ZGB 679 haften lassen, nicht aber die Mieter und Pächter. Aehnlich äussern sich *Froelicher*¹¹³⁾, *Homberger/Marti*¹¹⁴⁾ u. *Wegmann*^{114a)}.

Demgegenüber will *Wieland*¹¹⁵⁾ nicht nur den Eigentümer und die dinglich Berechtigten ZGB 679 unterstellen, sondern schlechthin jeden, dem die Ausübung des Eigentums übertragen ist. Auch *Rossel et Menzha*¹¹⁶⁾ vertreten die Auffassung, dass auch die Mieter und Pächter gestützt auf ZGB 679 belangt werden können. Dieser Meinung hat sich *Bauhofer*¹¹⁷⁾ angeschlossen.

Das Bundesgericht hat in Bd. 40 II 29 den Standpunkt vertreten, dass jedermann aus ZGB 684 passiv legitimiert sei^{117a)}, nicht nur der Grund-

¹⁰⁸⁾ Vgl. Stark, SJZ 44, 349 ff.; für den Bereich des EHG wurde der Ausschluss der direkten Verantwortlichkeit des Personals nach OR 41 in BGE 56 II 396 ff. ausdrücklich abgelehnt.

¹⁰⁹⁾ N 27 ff. zu ZGB 679; vgl. auch Schlegel 40.

¹¹⁰⁾ N 3 zu ZGB 679.

¹¹¹⁾ 149 ff.

¹¹²⁾ N 11 ff. zu ZGB 679; vgl. auch Roemer 22, 64.

¹¹³⁾ 95.

¹¹⁴⁾ SJK 430.

^{114a)} 11.

¹¹⁵⁾ N 7 zu ZGB 679; vgl. auch Guisan, JdT 99, 141.

¹¹⁶⁾ Nr. 1272.

¹¹⁷⁾ 164.

^{117a)} Vgl. auch SJZ 25, 10 und Semjud. 40, 79; 50 318 ff.

eigentümer. Es hat sich auf die Tatsache berufen, dass die negatorische Klage sich gegen jedermann richtet. Es handelte sich dabei allerdings nicht um einen Schadenersatz-, sondern um einen Beseitigungsanspruch.

c) *Die Haftpflicht für Dritte:* Von der Frage der Passivlegitimation wird hie und da die weitere Frage, ob der Grundeigentümer auf Grund von ZGB 679 für Ueberschreitungen seines Eigentumsrechts durch Dritte. (dinglich Berechtigte, Mieter und Pächter) belangt werden könne, nicht genügend unterschieden.

Im Haftpflichtrecht des OR und der Spezialgesetze spielt die Haftpflicht für Hilfspersonen eine erhebliche Rolle. Nur in bezug auf die Haftpflicht des Familienhauptes nach ZGB 333 hat das Bundesgericht in Bd. 70 II 138 einen abweichenden Standpunkt eingenommen. Nach diesem Urteil haftet das Familienhaupt nicht für das Verhalten derjenigen Personen, denen es während seiner Abwesenheit die Führung des Haushaltes anvertraut hat.

Die Frage, ob der Grundeigentümer für Ueberschreitungen seines Eigentumsrechts durch seine Arbeiter und Angestellten haftbar sei, wird kaum je zur Diskussion gestellt. Sie kann wohl unbedenklich bejaht werden ¹¹⁸⁾.

Verschiedene Autoren vertreten die Auffassung, dass der Grundeigentümer auch für die Ueberschreitungen des Eigentumsrechts durch die am Grundstück dinglich und obligatorisch Berechtigten voll verantwortlich gemacht werden könne. In diesem Sinne äussern sich *Homberger/Marti* ¹¹⁹⁾, *Blumer* ¹²⁰⁾, *Wegmann* ^{120a)}, *Bauhofer* ¹²¹⁾, *Rothenhäusler* ¹²²⁾, *Schlegel* ^{122a)}, *Guisan* ^{122 b)}, *Bachmann* ¹²³⁾, *Hauser* ¹²⁴⁾, *Haab* ¹²⁵⁾.

¹¹⁸⁾ Vgl. Oftinger II 480/81; Rothenhäusler 106 N 274 und S. 118; SJZ 42, 203.

¹¹⁹⁾ SJK 430.

¹²⁰⁾ 127, 192/93.

^{120a)} 11.

¹²¹⁾ 128.

¹²²⁾ 106, 118.

^{122a)} 39/40.

^{122b)} JdT 99, 141.

¹²³⁾ 150.

¹²⁴⁾ 21.

¹²⁵⁾ N 11 zu ZGB 679

Leemann ¹²⁶⁾, Roemer ^{126a)}, Rossel et Mentha ¹²⁷⁾ und v. Tuhr/Sieglwart ¹²⁸⁾ ¹²⁹⁾.

Die gegenteilige Meinung vertritt dagegen Eugen Huber in den Erläuterungen, der Schädigungen, die ausschliesslich dem Verschulden Dritter zuzuschreiben sind, nicht unter die Verantwortlichkeit des Eigentümers fallen lassen will, indem doch wohl hierin ein «Ueberschreiten» der Eigentumsgrenzen nicht erblickt werden könne ¹³⁰⁾. Im gleichen Sinne äussert sich Wieland ¹³¹⁾.

Das Bundesgericht hat sich der ersten Ansicht angeschlossen, indem es der Meinung Ausdruck gab, dass bei Ueberschreitungen des Eigentumsrechts immer der Grundeigentümer eingeklagt werden könne, unabhängig davon, ob die Störung von ihm selbst oder einem Dritten (Mietter, Pächter etc.) verursacht worden sei ¹³²⁾.

d) *Die Art des Schadens*: Durch eine Eigentumsüberschreitung kann vielerlei Schaden entstehen: Sachschaden am Grundstück und an Mobilien, Personenschaden, Vermögensschaden durch Herabsetzung des Mietwertes eines Hauses oder andere Faktoren, Kosten der Abwehr von Einwirkungen (z. B. Errichtung einer Drainage gegen Wasser-Immissionen).

Nach Literatur und Praxis ist für jede Art des durch rechtswidrige Einwirkungen verursachten Schadens Ersatz zu leisten ^{132a)}.

¹²⁶⁾ N 12 und 27 zu ZGB 679.

^{126a)} 22.

¹²⁷⁾ Nr. 1272.

¹²⁸⁾ I 393, wobei aber in N 29 Zweifel geäussert werden.

¹²⁹⁾ Froelicher 58 bejaht die Verantwortlichkeit des Grundeigentümers auch für Schädigungen durch fremde Fahrnisbauten und -pflanzen. Dieser Autor erklärt S. 95 den Grundeigentümer im übrigen nur für die Uebertretungen des Grundeigentumsrechts durch die obligatorisch Berechtigten (im Gegensatz zu den beschränkt dinglich Berechtigten) als verantwortlich.

¹³⁰⁾ Erläuterungen II 94.

¹³¹⁾ N 7 zu ZGB 679.

¹³²⁾ BGE 44 II 36; vgl. Semjud. 40, 201; 57, 493/94; SJZ 42, 203, FR 1913—15, 38; GL 1927/28, 13/14. In BGE 75 II 121 wird die Ansicht vertreten, dass der Grundeigentümer auch für die Verursachung der Ueberschreitung durch Aussenstehende z. B. Nachbarn, einzustehen habe, ähnlich wie der Werkeigentümer auch dann verantwortlich ist, wenn ein Dritter den Werkmangel verursacht hat. Vgl. auch SJZ 42, 203. Die Cour de justice civile von Genf hat demgegenüber in Semjud. 39, 743/44 den Grundeigentümer nur für diejenigen Ueberschreitungen als verantwortlich erklärt, die nicht vom Mieter verursacht worden sind, sondern von der gemieteten Anlage. In Semjud. 40, 79 hat das gleiche Gericht die Haftpflicht des Eigentümers abgelehnt für den Fall, dass der Mieter bei der Schädigung von der

e) *Die Entlastungsgründe*: Im allgemeinen Haftpflichtrecht entfällt die Haftung, wenn der Kausalzusammenhang zwischen der haftungsbegründenden Tatsache und dem Schaden im eigentlichen oder uneigentlichen Sinne unterbrochen wird¹³³). Diese Unterbrechung kann durch höhere Gewalt, Selbst- oder Drittverschulden erfolgen.

Die Funktion dieser Entlastungsgründe des allgemeinen Haftpflichtrechts ist mit dem Aufbau der unter diesen Begriff fallenden Haftungsarten untrennbar verbunden. Die Anwendung dieser Entlastungsgründe auf die Grundeigentümerhaftung hängt dementsprechend davon ab, wie diese Haftungsart zu konstruieren ist, namentlich, ob dabei auch ein adaequater Kausalzusammenhang zwischen einer haftungsbegründenden Ursache und dem Schaden vorausgesetzt wird¹³⁴).

Für die Anwendung der Entlastungsgründe des allgemeinen Haftpflichtrechts im Gebiete der Grundeigentümerhaftung setzen sich namentlich *Oftinger*^{134a}), *Homberger/Marti*¹³⁵), *Blumer*¹³⁶), *Leemann*¹³⁷), *Roemer*^{137a}) und *Froelicher*¹³⁸) ein¹³⁹).

f) *Der Staat als Grundeigentümer*: Ein Spezialfall liegt vor, wenn die schädigenden Einwirkungen von einem Grundstück ausgehen, das dem Bund, einem Kanton oder einer Gemeinde als Privateigentum ge-

gemieteten Sache keinen Gebrauch gemacht hat. In BGE 76 II 132/33 wird der Eigentümer einer Kanalisation verantwortlich erklärt für Einwirkungen, die von Kanalisationsbenützern mittelst der Kanalisation verursacht werden. Der Kanalisationsbenützer habe allerdings keinen Besitz an der Kanalisation. Das Bundesgericht verweist aber zur Begründung seiner Auffassung doch auf die Haftung des Eigentümers nach ZGB 679 für rechtswidriges Verhalten des Pächters. Vgl. dazu Guisan JdT 99, 141.

^{132a}) Vgl. Blumer 129; Keller 87/88; Rothenhäusler 104; Haab N 7 zu ZGB 679; Semjud. 40, 79/80, 203; 57, 493/94; BS 1941—42, 63 ff.

¹³³) Vgl. Oftinger I 85 ff.; Stark 104 ff.

¹³⁴) Vgl. Oftinger I 43; Stark 2 und die dort N 3/4 zit. Literatur. Daneben kann das Selbstverschulden des Geschädigten auch als Reduktionsgrund funktionieren; so z. B. wenn er den Nachbarn auf eine von dessen Grundstück ausgehende Gefährdung nicht aufmerksam gemacht hat (Praeventivklage); vgl. hinten § 7 N 138.

^{134a}) I 85 zu N 138.

¹³⁵) SJK 430.

¹³⁶) 196 ff.

¹³⁷) N 14 ff. zu ZGB 679.

^{137a}) 20.

¹³⁸) 88/89.

¹³⁹) Gestützt auf ZbJV 66, 17 ff. (=Weiss 4643) will Schaerer N 1 zu ZGB 679 Entlastung des Grundeigentümers nur bei höherer Gewalt eintreten lassen; vgl. auch AR 1925/26, 33 ff.

^{139a}) Vgl. BlZR 30, 302 (=Weiss 4637).

hört. Wenn es sich allerdings um Finanzvermögen handelt, gibt es kaum Gründe, die für eine Sonderstellung des Staates als privatrechtlicher Grundeigentümer sprechen würden^{139a}). Wenn das betreffende Grundstück aber im Gemeingebrauch steht, liegen besondere Verhältnisse vor. Die Frage nach ihrer Berücksichtigung soll hier geprüft werden.

*Leemann*¹⁴⁰⁾ vertritt die Auffassung, dass der Staat aus ZGB 679 wie ein Privater hafte, soweit der Schaden nicht durch einen kraft Hoheitsrecht rechtmässigen Eingriff verursacht worden sei. Danach verliert der an und für sich rechtswidrige Eingriff in das Eigentumsrecht des Nachbarn seinen widerrechtlichen Charakter, wenn er in Ausübung des Hoheitsrechts erfolgt.

Auch *Guisan*¹⁴¹⁾, *Bachmann*¹⁴²⁾, *Froelicher*¹⁴³⁾ und *Blumer*¹⁴⁴⁾ befürworten die Anwendung von ZGB 679 und 684 auf Einwirkungen, die von öffentlichen Sachen ausgehen. *Guisan* will allerdings gegenüber dem Staat einen weniger strengen Masstab an die Ueberschreitungen anlegen als gegenüber dem Privaten. Er weist im übrigen mit Recht darauf hin, dass ZGB 679 nicht angewendet werden kann, wenn eine Entschädigung nach Expropriationsrecht in Frage kommt. Vgl. hierzu unten Abschnitt g.

Das *Bundesgericht* hat Gelegenheit gehabt, mehrmals zu dem hier zur Diskussion stehenden Problem Stellung zu beziehen. Schon in Bd. 43 II 273 hat es darauf hingewiesen, dass ZGB 684 die Schädigung aus Ausübung des Eigentumsrechts voraussetze, was nicht zutrefte bei der Regelung des Gemeingebrauchs durch den Staat. Dieser Standpunkt wurde in BGE 61 II 327/28 bestätigt, wo ausdrücklich zwischen dem auf dem Hoheitsrecht¹⁴⁵⁾ beruhenden Gestatten des Gemeingebrauchs

¹⁴⁰⁾ N 33 zu ZGB 679; vgl. auch N 44 zu ZGB 684 und Haab N 21 zu ZGB 680; Homberger/Marti, SJK 430; SJZ 25, 10 und zum ganzen Problem die Diss. von Wegmann.

¹⁴¹⁾ JdT 84, 313/14; 99, 139 ff.

¹⁴²⁾ 119.

¹⁴³⁾ 99, 105.

¹⁴⁴⁾ 184; vgl. auch Schaerer N 2 zu ZGB 679 und Roos, ZbJV 75, 332.

¹⁴⁵⁾ Gegen die Haftung des Staates bei der Ausübung von Hoheitsrechten spricht sich auch das in ZbJV 71, 128 publizierte Urteil aus. Vgl. auch SJZ 26, 121; 30, 250/51; SG 1948, 5 ff.; ZG 1935, 28; Semjud. 39, 757 und den nicht publizierten BGE vom 27. 4. 1934 i. S. A. gegen Schwyz, wo erklärt wird, dass die auf den öffentlichen Verkehr zurückzuführende Staubplage zu Lasten des Strassenanliegers durch den Gemeingebrauch entstehe und daher nicht unter ZGB 684 falle; ausserdem ZbJV 72, 587 (= Weiss 4638). Gegen diese Rechtsprechung Roemer 27; Guhl ZbJV 72, 541.

und der Ausübung des privatrechtlichen Eigentumsrechts unterschieden wird. In Bd. 70 II 89/90 hat das Bundesgericht ausgeführt, dass das Gemeinwesen das Eigentumsrecht der Angrenzer ebenso zu respektieren hat, wie jeder Private, soweit diese Eigentums- und andern Rechte nicht durch rechtmässige Akte der öffentlichen Gewalt eingeschränkt oder aufgehoben worden sind. Einwirkungen öffentlichen Gutes auf benachbarte Grundstücke seien deshalb als Rechtsverletzungen zu betrachten, wie wenn sie von privaten Grundstücken ausgingen, soweit die Eigentumsrechte der Nachbarn nicht durch das öffentliche Recht geschmälert seien. In BGE 75 II 119 wird die Frage, ob an dieser Praxis festzuhalten sei, dann allerdings offen gelassen und auf Grund des BGE 76 II 130 kann man sich fragen, was von dieser Praxis noch übrig bleibe^{145a)}).

g) *Eigentumsüberschreitungen durch expropriationsberechtigte Rechtssubjekte*: Besondere Verhältnisse liegen vor, wenn auf einen Fall das Expropriationsrecht anwendbar ist, weil dann keine privatrechtlichen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche geltend gemacht werden können. Dagegen sind auch in diesen Fällen Schadenersatzansprüche wegen übermässiger Einwirkung auf die Nachbargrundstücke möglich, die allerdings mindestens formell nach dem Expropriationsrecht geltend zu machen sind¹⁴⁶⁾. Anders liegen die Verhältnisse, wenn es sich um Einwirkungen handelt, die mit dem Betrieb des expropriationsberechtigten Unternehmens nicht notwendig verbunden sind^{146a)}).

h) *Vertragliche Vereinbarungen*: Die nachbarlichen Rechtsverhältnisse können durch Verträge zwischen den interessierten Rechtssubjekten modifiziert werden. Solche Verträge sind namentlich in dem Sinne denkbar, dass der durch eine bestimmte Eigentumsausübung seines Nachbarn übermässig Beeinträchtigte diesem das Recht zu einer bestimmten Einwirkung auf sein Grundeigentum zugesteht. Dies kann geschehen durch eine persönliche Abrede, die nur unter den beiden Parteien Gültigkeit hat, oder durch eine im Grundbuch eingetragene Servitut, die auch zwi-

^{145a)} Vgl. Guisan JdT. 99, 140 und zu BGE 75 II 116 Guhl in ZbJV 86, 514.

¹⁴⁶⁾ Vgl. Leemann N 34 zu ZGB 679, N 43 zu ZGB 684; Guisan JdT 84, 301; Bachmann 124; Haab N 21 und 24 zu ZGB 680; BGE 17, 552/53; 40 I 452; LU 1920, 85; AG 1938, 41 ff.; a.M. SG 1948, 11.

^{146a)} Vgl. Oftinger II 678; BGE 28 II 307; AG 1938, 42. In AG 1934, 44 ff. wird der Zivilweg zugelassen mit der Begründung, dass kein Enteignungsverfahren eröffnet worden sei.

schen den späteren Eigentümern der betreffenden Grundstücke Geltung besitzt ¹⁴⁷⁾).

i) *Der Gerichtsstand*: Es fragt sich, ob die Schadenersatzklage auf Grund von ZGB 679 als persönliche Klage im Sinne von BV 59 anzusehen ist und daher im interkantonalen Verhältnis am Wohnsitz des Beklagten geltend gemacht werden muss oder ob es sich um eine dingliche Klage handelt, die der Gerichtsstandsgarantie von BV 59 nicht unterliegt.

Literatur ¹⁴⁸⁾ und Praxis ¹⁴⁹⁾ sind sich einig in der Auffassung, dass die Schadenersatzklage nach ZGB 679 Art. 59 BV untersteht und daher am Wohnsitz des Beklagten angehoben werden muss. Im bereits erwähnten Entscheid BIZR 39, 70 wird darauf hingewiesen, dass demgegenüber für die Anordnung von Massnahmen nach ZGB 684 der Richter der gelegenen Sache zuständig sei.

k) *Die Verjährung des Schadenersatzanspruches*: Die verschiedenen Autoren ¹⁵⁰⁾ und die Gerichte ¹⁵¹⁾ stehen auf dem Standpunkt, dass die Verjährungsbestimmung für die unerlaubten Handlungen (OR 60) anwendbar ist ¹⁵²⁾. In Übereinstimmung mit *Leemann* betont das Bundesgericht in den zit. Entscheiden, dass die negatorische Klage auf Beseitigung der Störung im Gegensatz zur Klage auf Schadenersatz aber nicht der einjährigen Verjährungsfrist unterliege ¹⁵³⁾.

¹⁴⁷⁾ Vgl. *Leemann* N 32 zu ZGB 680, N 41 zu ZGB 684; v. Tuhr/Siehwart I 45; *Blumer* 198/99; *Haab* N 13 ff. zu ZGB 680; BIZR 36, 100; 30, 129. Der Wortlaut von ZGB 680 II ist insofern zu eng, als daraus geschlossen werden könnte, dass eine formlose, nur obligatorisch wirkende Abänderung nicht gültig sei. — Die das Eigentumsrecht einschränkenden Vereinbarungen sind restriktiv auszulegen; vgl. *Semjud.* 61, 446.

¹⁴⁸⁾ Vgl. *Curti* N 8 zu ZGB 679; *Leemann* N 30 zu ZGB 679; *Haab* N 23 zu ZGB 679; *Burckhardt* zu BV 59 S. 554; *Homberger/Marti* SJK 430.

¹⁴⁹⁾ Vgl. BIZR 39, 70.

¹⁵⁰⁾ Vgl. *Rothenhäusler* 111; *Bachmann* 147; *Roemer* 31, 66; *Homberger/Marti*, SJK 430; *Froelicher* 106; *Zwahlen* 338 N 27; *Leemann* N 25 zu ZGB 679; *Wieland* N 5 zu ZGB 679.

¹⁵¹⁾ Vgl. BGE 53 II 224; 68 II 375 und den nicht publizierten BGE vom 16. 12. 1941 i.S. F gegen B und G, sowie SJZ 25, 10; *Semjud.* 65, 616; CL 1927/28, 13; *Weiss* 4663.

¹⁵²⁾ v. Tuhr/Siehwart I 392 N 28 will OR 60 nur analog anwenden; ebenso *Semjud.* 50, 322.

¹⁵³⁾ Dementsprechend gilt auch der Entschädigungsanspruch nach ZGB 674 III als unverjährbar; vgl. *Zwahlen* 338.

4. Das Verhältnis zwischen den Schadenersatzklagen aus OR 58 und ZGB 679¹⁵⁴⁾.

Die Bestimmung über die Haftpflicht des Werkeigentümers für den durch die Mangelhaftigkeit seines Werkes verursachten Schaden, die als Art. 67 schon im früheren OR figurierte, hat in der Praxis bis heute eine viel grössere Bedeutung erlangt als ZGB 679. Die Werkeigentümerhaftpflicht ist deshalb von Literatur und Judikatur schon viel eingehender bearbeitet und dargestellt worden als die Grundeigentümer-Verantwortlichkeit.

Diese verschiedene praktische Bedeutung von OR 58 und ZGB 679 weist schon darauf hin, dass die bei Einführung des ZGB häufig vertretene Auffassung, dass ZGB 679 einfach eine Erweiterung und auf dem gleichen Grundgedanken beruhende Ergänzung der Werkeigentümerhaftpflicht darstelle¹⁵⁵⁾, nicht zutrifft. *Eugen Huber*, der, wie erwähnt, wohl als der Vater von ZGB 679 anzusehen ist, hat zwar nicht nur im Nationalrat, sondern auch in den Erläuterungen¹⁵⁶⁾ die Meinung vertreten, dass ZGB 679 dem gleichen Grundgedanken entspringe wie OR 58, aber insofern darüber hinausreiche, als zur Begründung der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers nur eine Ueberschreitung der rechtlichen Grenzen des Eigentums vorausgesetzt werde. Ueberraschend ist unter diesen Umständen, dass bei der langen Diskussion über den neuen Art. 58 OR in der Bundesversammlung die Ergänzung durch ZGB 679 überhaupt nicht erwähnt wurde.

Die gleiche Auffassung der engen Verwandtschaft der beiden Bestimmungen wurde auch später noch von verschiedenen Autoren vertreten¹⁵⁷⁾.

*Hauser*¹⁵⁸⁾ und *Tobler*¹⁵⁹⁾ haben demgegenüber betont, dass zwischen den beiden Haftungsarten ein grundlegender Unterschied bestehe, indem ZGB 679 im Gegensatz zu OR 58 auf nachbarrechtlicher Grundlage beruhe. *Blumer*¹⁶⁰⁾ will die Anwendbarkeit der beiden Haftungs-

¹⁵⁴⁾ Vgl. dazu namentlich die Diss. von Froelicher.

¹⁵⁵⁾ Vgl. Wieland N 1 zu ZGB 679; Botschaften des Bundesrates an die Bundesversammlung zum ZGB und zum OR; Voten von Huber, Rossel und Hoffmann nach dem stenographischen Bulletin XVI (1906) S. 537, 538 und 1270.

¹⁵⁶⁾ Huber, Erläuterungen II 93/94.

¹⁵⁷⁾ Rothenhäusler 74/75; Haab N 1 zu ZGB 679; Rossel et Mentha Nr. 1272; vgl. dazu Froelicher 47; Wegmann 30 N 2; Oftinger II 398 und die dort N 35 zit. Literatur.

¹⁵⁸⁾ 18; vgl. auch 24/25.

¹⁵⁹⁾ SJZ 6, 61; vgl. auch ZG 1927, 43/44.

¹⁶⁰⁾ 215.

arten danach bestimmen, ob die betreffende Sache wegen ihrer fehlerhaften Beschaffenheit ihrem Zweck nicht genügen kann oder ob die Beschaffenheit der Sache die Erreichung ihres Zweckes nicht verhindert, aber zu einer Schädigung der Nachbarn führt. Im ersten Fall soll die Haftpflicht nach OR 58, im zweiten diejenige nach ZGB 679 Platz greifen. *Froelicher* basiert die Haftung des Grundeigentümers auf die gleiche Grundkonstruktion wie die Haftungen des sog. Haftpflichtrechts im engeren Sinn ¹⁶¹), dh. auf die Trilogie: Schaden — Kausalzusammenhang zu einer haftungsbegründenden Ursache — Widerrechtlichkeit ¹⁶²). Er sieht auch in der Grundeigentümersverantwortlichkeit eine Gefährdungshaftung ¹⁶³), ein Begriff, den er aber im Gegensatz zu *Oftinger* auch für die Werkhaftung verwendet. Die Abgrenzung zwischen ZGB 679 und OR 58 findet er im Zweck des Werkes: Wenn dieses seiner Zweckbestimmung gerecht wird, will er nur die Grundeigentümerhaftung in Frage kommen lassen, weil dann nach seiner Auffassung kein Werkmangel vorliegt. Beide Bestimmungen betrachtet er als anwendbar, wenn ein im Sinne von OR 58 mangelhaftes Werk vom Eigentümer trotz Schädigung der Nachbarn weiter benutzt wird ¹⁶⁴). *Oftinger* ¹⁶⁵) betont, dass sich ZGB 679 auf einen ganz andern Tatbestand beziehe als OR 58, nämlich auf einen sachenrechtlichen.

Die Schwierigkeiten der Abgrenzung der beiden Haftungsarten ergeben sich deutlich aus dem problematischen Charakter der vom Bundesgericht in konstanter Praxis ¹⁶⁶) vertretenen Auffassung. Demnach beschränkt sich die Haftpflicht aus OR 58 auf die Schädigung von Personen und beweglichen Sachen, die bei der Benutzung des Werkes mit diesem in Berührung kommen, während ZGB 679 auf die Einwirkungen auf Grundstücke anzuwenden ist ¹⁶⁷). Die Qualität des geschädigten Gutes bestimmt also die anzuwendende Haftungsklausel.

¹⁶¹) *Oftinger* I 2 ff.

¹⁶²) *Froelicher* 66, 88/89.

¹⁶³) 52, 54; a.M. *Homberger/Marti*, SJK 430; vgl. im weiteren hinten § 4 N 87.

¹⁶⁴) 79 ff., namentlich 87/88.

¹⁶⁵) II 398; a.M. *SJZ* 40, 10.

¹⁶⁶) Vgl. aber auch *BGE* 19, 269.

¹⁶⁷) Vgl. *BGE* 61 II 326 und die nicht publizierten *BGE* vom 27. 4. 1934 i.S. A. gegen Schwyz, sowie vom 16. 12. 1941 i.S. F gegen B und G; *Semjud.* 69, 116. In GR 1929, 85 scheint demgegenüber die Anwendbarkeit von ZGB 679 bei Schädigungen durch ein Werk rundweg abgelehnt zu werden.

Diese Abgrenzung muss in dieser Formulierung als unbefriedigend bezeichnet werden¹⁶⁸). Es ist nicht einzusehen, weshalb bei Schädigungen von Personen und Sachen eine andere Haftungsnorm zur Anwendung gelangen soll als bei Schädigungen von Grundstücken. Aber auch wenn diese Unterscheidung sich in befriedigender Weise erklären liesse, wäre nicht verständlich, weshalb die Haftpflicht für Schädigungen von Personen und Mobilien an die Voraussetzung der Mangelhaftigkeit des Werkes geknüpft wird, während bei der Schädigung von Immobilien auf diese Voraussetzung verzichtet werden kann¹⁶⁹).

IV. ZUSAMMENFASSUNG

Wenn wir versuchen, uns über das Wesen der auf ZGB 679 basierenden und durch Literatur und Judikatur im Detail umschriebenen Haftpflicht des Grundeigentümers klar zu werden, stossen wir auf innere Widersprüche und Unklarheiten und namentlich auf das Fehlen einer einheitlichen und befriedigenden rechtlichen Konstruktion. Die geäusserten Meinungen werden selten überzeugend begründet. Auf diese Umstände ist wohl die Tatsache zurückzuführen, dass uns in der Praxis die Entscheidung von Grenzfällen immer wieder grosse Schwierigkeiten bereitet.

Es seien hier nur einige wenige Beispiele angeführt¹⁷⁰):

1. Von einem grossen Birnbaum sind im Laufe der Nacht viele Waserbirnen auf die Strasse gefallen. Bevor sie vom Eigentümer aufgelesen werden können, gleitet ein Pferd auf diesen Birnen aus und verletzt sich.

Kann der Eigentümer des Baumes vom Eigentümer des Pferdes auf Grund von ZGB 679 verantwortlich gemacht werden? Ist dies gerechtfertigt?

2. Die Eigentümerin eines Waldes, eine Gemeinde, hat zwei armen Gemeindegliedern einen noch stehenden Baum verkauft. Sie fällen ihn selbst und transportieren den Stamm mit primitiven Mitteln quer zu

¹⁶⁸) Vgl. Froelicher 49, 69 und die dort N 117 zit. Meinungsäusserungen. Vgl. im weiteren zu dieser Abgrenzungsfrage auch hinten § 3 zu N 95.

¹⁶⁹) Ueber das Verhältnis zwischen der Grundeigentümerhaftpflicht und der negatorischen Klage, das hier der Vollständigkeit halber noch zu besprechen wäre, vgl. hinten § 7 Abschn. II Ziff. 1.

¹⁷⁰) Es handelt sich hier um Beispiele aus der Praxis und nicht etwa um konstruierte Fälle.

einem Hang zum nächsten Weg. Dabei entgleitet ihnen der Stamm, saust den Abhang hinunter und trifft auf der Strasse ein zufällig daherkommendes Auto, das stark beschädigt wird.

Kann der Autoeigentümer von der Gemeinde Schadenersatz verlangen?

3. Ein Eigentümer eines Waldes in gebirgiger Gegend lässt durch einen selbständigen Unternehmer ein Stück roden, wobei der betreffende Unternehmer verpflichtet wird, das geschlagene Holz im Tale zur Verfügung des Eigentümers zu stellen. Der Unternehmer schafft das Holz quer durch einen einem Dritten gehörenden Wald auf dem direktesten Weg zu Tale, wobei zu berücksichtigen ist, dass nach kantonalem Recht seinem Auftraggeber ein Wegrecht im Sinne von ZGB 695 zusteht.

Dieser Holzablassweg ist zum Teil durch Verbauungen festgelegt worden. Streckenweise muss man die Stämme einfach zu Tale sausen lassen, wie es gerade kommt.

Da im betreffenden Winter wenig Schnee liegt, entsteht bei diesem Transport, bei dem die Stämme manchmal baumhoch in die Luft geschleudert werden, erheblicher Waldschaden.

Hat für diese Schädigung die Auftraggeberin des Holzers auf Grund von ZGB 679 einzustehen? Liegt eine Ueberschreitung ihres Eigentumsrechts an der gerodeten Waldparzelle vor? Oder event. eine Ueberschreitung des Wegrechts nach ZGB 695? Haftet der Inhaber dieses Rechts auch für den Holzer kausal?

4. Ein heftiger Sturm entwurzelt in einem Park einen alten, aber gesunden Baum so, dass er auf ein kleines Gärtnerhaus im Nachbar-Grundstück fällt ¹⁷¹⁾. Dabei entsteht Personenschaden und Sachschaden an Mobilien und Immobilien.

Wie liegen hier die Haftungsverhältnisse?

5. Bei der Kreuzung einer Erz-Seilbahn mit einer Eisenbahnlinie wird zum Schutze der Geleise unter den Drahtseilen eine Holzbrücke über die Geleise erbaut. Unter dieser Holzbrücke führt auch eine Hochspannungsleitung durch.

Wie ist die Haftpflicht für Beschädigungen dieser Leitung und den Stromunterbruch bei einem nicht abgeklärten Brand der Brücke zu beurteilen? Und bei Brandstiftung?

6. Bei der Ausbeutung des einem Dritten gehörenden Steinbruchs durch eine zur Ausbeutung dinglich berechnigte Firma wird zur Durch-

¹⁷¹⁾ v. Tuhr/Siegwart I 392/93 verneint beim Umfallen von Bäumen die Eigentumsüberschreitung, weil die Einwirkung durch ein Naturereignis herbeigeführt worden sei.

führung einer Sprengung ein Ingenieur beigezogen, der eine viel zu grosse Sprengstoffmenge laden lässt. Es entstehen deshalb schwere Schäden in der Nachbarschaft. Wer ist dafür verantwortlich?

7. Bei einer Feuersbrunst in einer Druckerschwärzefabrik werden grosse Mengen industriellen Russes unbrauchbar und mit Brandschutt vermischt. Die mit der Aufräumung des Brandschuttes beauftragte Bau-firma lässt diesen mit einem Lastwagen in eine öffentliche Grube führen, die der Gemeinde von einer Privatperson zum Auffüllen zur Verfügung gestellt worden ist. In dieser Grube wird beim Kippen des Lastwagens durch einen in ihr ausbrechenden Brand und durch böigen Wind Russ aufgewirbelt und dadurch die ganze Nachbarschaft geschädigt. Muss der Grubeneigentümer hiefür einstehen?

In allen diesen und vielen anderen Fällen lassen sich wohl Lösungen der Haftungsfrage finden. Schwieriger ist es aber auf Grund des heutigen Standes von Literatur und Praxis, diese Lösungen befriedigend zu begründen und bei Variationen der Tatbestände die richtigen Abgrenzungen zu finden.

Einen schwierigen Punkt der herrschenden Lehre bildet namentlich die generelle Aktivlegitimation. Sie steht im Widerspruch zu der vom Bundesgericht vertretenen Auffassung über die Abgrenzung zwischen OR 58 und ZGB 679, wonach sich ZGB 679 auf die Schädigung von Immobilien, OR 58 aber auf diejenige von Mobilien und Personen bezieht. Wenn sich ZGB 679 wirklich nur auf die Schädigung von Immobilien bezieht, können praktisch nur die näheren und entfernteren Nachbarn auf Grund dieser Bestimmung Ansprüche stellen.

Wie unbefriedigend diese vom Bundesgericht angewendete Abgrenzung in ihren Konsequenzen ist, zeigt übrigens unser viertes Beispiel. Bei jenem Tatbestand liegt nach der erwähnten Auffassung eventuell eine Haftpflicht des Eigentümers des Baumes für den Schaden am Gärtnerhaus vor, während die Hinterlassenen des getöteten Gärtners leer ausgehen, weil ein Baum kein Werk darstellt und der fragliche Baum nicht mangelhaft war.

Im Widerspruch zur Auffassung, dass jedermann zur Klage aus ZGB 679 aktiv legitimiert sei, steht auch die verbreitete Bezeichnung der speziellen Grundeigentümerhaftpflicht als Anwendungsfall des negatorischen Anspruches gemäss ZGB 641 II; denn die negatorische Klage beruht auf dem Eigentumsrecht des Geschädigten und kann daher nur einem Eigentümer zustehen.

Ein weiteres Problem wirft die Begründung von BGE 73 II 153 ff. auf. Während sonst allgemein die Meinung vertreten wird, dass die

Haftpflicht aus ZGB 679 keinerlei Verschulden des Haftpflichtigen voraussetze, hat das Bundesgericht bei diesem Urteil darauf abgestellt, ob die Gefahr erkennbar war und ob ein sorgfältiger Grundeigentümer Gegenmassnahmen getroffen hätte. Diese Kriterien weisen aber auf die Verschuldenshaftung hin^{171a}). Ueberdies wurde hier primär nicht auf die Umstände und die Art des Schadens, dh. der Wirkung abgestellt, sondern die Haftpflicht nach den Ursachen des Schadens beurteilt. Demgegenüber wurde im BGE 70 II 94 die unbefugte Einwirkung auf fremdes Gut als solche als Ueberschreitung des Eigentumsrechts qualifiziert, womit der Art der Wirkung die massgebende Bedeutung zugeschrieben wurde.

Grossen Schwierigkeiten ruft auch die Frage, ob eine Eigentumsüberschreitung ein aktives Tun voraussetze oder auch in einem Unterlassen bestehen könne, oder ob sogar ein Naturgeschehen ohne aktive oder passive Mitwirkung von seiten eines Menschen genüge¹⁷²). Im weiteren frägt sich, ob ein Grundeigentümer für die von seinem Grundstück ausgehenden Einwirkungen auf das Nachbargrundstück auch dann verantwortlich sei, wenn sein Grundstück die Einwirkungen nur vermittelte, weiterleitete, ohne dass deren Ursache darauf gesetzt worden wäre¹⁷³)¹⁷⁴).

Alle diese Fragen können nur befriedigend gelöst werden, wenn es uns gelingt, das Wesen der Grundeigentümerhaftpflicht nach ZGB 679 zu erkennen, und die Zusammenhänge und Unterschiede mit und gegenüber dem allgemeinen Haftpflichtrecht zu sehen.

Mit dieser Aufgabe soll sich die vorliegende Arbeit befassen.

^{171a}) Vgl. auch den in SJZ 17, 141/42 publizierten Entscheid des Appellationsgerichtes Baselstadt vom 27. Mai 1919 (vorn N 66a).

¹⁷²) Vgl. Blumer 178; Roemer 19, 58/59; Wegmann 5; Oftinger I 58 N 47, II 398; Bachmann 137; Hauser 122; Haab N 5 zu ZGB 679; Huber, Erläuterungen II 94; Froelicher 30, 60, 76; Homberger/Marti SJK 430; v. Tuhr/Siegmart I 395 N 29; BGE 73 II 154/55. Im nicht publizierten BGE vom 16. 12. 1941 i.S. F gegen B und G wird S. 5 festgehalten, dass auch in der Duldung eines rechtswidrigen Zustandes und in der Unterlassung von Sicherheitsmassnahmen eine Ueberschreitung des Eigentumsrechts zu sehen sei. Vgl. auch SJZ 17, 142 (vorn N 66a).

¹⁷³) Vgl. BGE 55 II 245 ff.

¹⁷⁴) Die ganze Unklarheit ergibt sich auch aus der analogen Anwendung von ZGB 679 auf Fahrniseigentum, wie sie vom Luzerner Obergericht in dem in SJZ 39, 200/01 (=LU 1940, 1042/43) publizierten Urteil vertreten wird. Nach diesem Urteil liegt eine Ueberschreitung des Eigentumsrechts in jeder Handlung, die rechtlich geschützte Interessen eines Dritten verletzt(!). ZGB 679 wird analog angewendet auf die Schäden, die ein Fahrniseigentümer schuldlos verursacht beim Demontieren seiner Mobilien, die sich im Hause eines Dritten befunden haben.

2. KAPITEL

Andere Rechtsordnungen

§ 3. Das römische und das Pandektenrecht ¹⁾

Obschon nicht zu bestreiten ist, dass die Probleme des Nachbarrechts durch die seit dem letzten Jahrhundert erfolgte Industrialisierung an praktischer Bedeutung stark zugenommen haben, darf nicht übersehen werden, dass auch das römische Recht sich bereits mit diesen Fragen auseinandersetzen musste. Das Interesse für die von ihm gefundenen Lösungen beruht dabei nicht nur auf dem hervorragenden Ruf, den die römischen Juristen heute noch geniessen, sondern auch auf der Tatsache der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland ²⁾.

I. DER EIGENTUMSBEGRIFF IM ROEMISCHEN RECHT ³⁾

Auch der römischrechtliche Eigentumsbegriff hat sich im Laufe der Jahrhunderte gewandelt. Er war keineswegs der gleiche im alten römischen Recht wie zur Zeit Justinians. Wenn man die enormen sozialen und wirtschaftlichen Veränderungen in Betracht zieht, die unter der Herrschaft des römischen Rechts erfolgt sind, und ausserdem berücksichtigt, dass der Eigentumsbegriff mit der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung in engem innerem Zusammenhang steht ⁴⁾, erscheint dies als selbstverständlich.

¹⁾ Es handelt sich hier nicht um den Versuch einer eigenen Interpretation der einschlägigen römisch-rechtlichen Quellenstellen, sondern um eine zusammenfassende Darstellung der namentlich in der deutschen Literatur des 19. und 20. Jahrhunderts vertretenen Auffassungen über das römische Recht.

²⁾ Weil noch im letzten Jahrhundert römisches Recht in Deutschland teilweise Geltung besass, überschneiden sich die Ausführungen und Literaturzitate in diesem Paragraphen in einzelnen Punkten mit denjenigen in § 4.

³⁾ Es handelt sich hier vorwiegend um das Eigentum an Grund und Boden; der Unterschied zwischen Grundeigentum und Fahrniseigentum war im römischen Recht allerdings weniger bedeutend als im germanischen; vgl. Pininski 12, 97/98; Windscheid/Kipp I 697/98. Vgl. im übrigen zum Eigentumsbegriff hinten § 7 zu N 156.

⁴⁾ Vgl. statt vieler Weiss 156.

Auch im römischen Recht scheint das sog. geteilte Eigentum, das wir im alten deutschen Recht antreffen, am Anfang der Entwicklung zu stehen. Dabei stellte das Eigentumsrecht nicht ein selbständiges, einheitliches Gebilde, sondern eine Zusammenfassung verschiedener Einzelbefugnisse dar⁵⁾).

Schon früh trat aber in Rom an die Stelle des geteilten Eigentums die als subjektives Recht ausgebildete, mehr oder weniger vollkommene Sachherrschaft, die nach einzelnen Autoren unbegrenzt und ausschliesslich gewesen sein soll.

Es ist hier nicht der Ort, die von verschiedenen Autoren aus den römischen Quellen herauskristallisierten Definitionen des Eigentumsbegriffes wiederzugeben und zu besprechen⁶⁾). Dagegen interessiert uns die Frage, ob dem römischen Eigentumsbegriff wirklich der absolute und unbeschränkte Charakter eigen war, der ihm häufig zugeschrieben wird.

*Dernburg/Sokolowski*⁷⁾ betont, dass das römische Recht für die scharfe Ausprägung der Befugnisse des Eigentümers eingetreten sei, während im modernen Recht die das Eigentum beschränkenden sozialen Momente grössere Bedeutung gewonnen hätten. Er ist also mit *Hesse*⁸⁾ der Meinung, dass der Römer mit seinem Eigentum umgehen konnte, wie es ihm beliebte; er konnte es nach freier Willkür vernachlässigen und verfallen lassen oder aber verbessern, gebrauchen und geniessen. Zu dieser Auffassung bekennt sich auch *Sell*⁹⁾).

Demgegenüber hat *Kuhlenbeck*¹⁰⁾ aus den Quellen den Schluss gezogen, dass auch die Römer sich der Unmöglichkeit eines absoluten Eigentums an Grundstücken nicht hätten verschliessen können. *Pininski*¹¹⁾ steht auf dem gleichen Boden, wenn er schreibt, dass das Eigentum schon im römischen Recht trotz des diesem eigenen individualistischen Charakters keineswegs die Merkmale einer unbeschränkten Herrschaft aufgewiesen habe.

*Reinhard*¹²⁾ sucht die Lösung in der Unterscheidung zwischen dem Eigentumsbegriff des strengen ius civile und demjenigen des vom Prae-

⁵⁾ Vgl. Weiss 155/56; a.M. Jörs/Kunkel/Wenger 120.

⁶⁾ Vgl. Pagenstecher I 3; Brinz I 470; Sell 16/17; Pütter 37; Gesterding 3/4; Pininski 14; Jörs/Kunkel/Wenger 120 u.a.

⁷⁾ Dernburg/Sokolowski I 337; vgl. auch Gierke II 348 N 2.

⁸⁾ Rechtsverhältnisse II 3 und 37.

⁹⁾ 16/17; vgl. auch Gesterding 15.

¹⁰⁾ II 504.

¹¹⁾ 11/12 und 116.

¹²⁾ ArchZivPr. 30, 217/18.

tor geschaffenen honorarischen Rechts. Danach konnte der Eigentümer nach strengem Recht innerhalb seiner Grenzen schalten und walten wie er wollte, während der Praetor vermittelnd eingriff, wenn gegen Sitte, Billigkeit oder Humanität verstossen wurde. Zwischen den beiden extremen Meinungen steht auch *Windscheid*¹³⁾, der gestützt auf *Schlossmann*¹⁴⁾ die Eigentumsbeschränkungen nicht als spezifische Einschränkungen der Befugnisse des Eigentümers, sondern als allgemeine Grenzen der Freiheit aller, die, weil jeden, auch den Eigentümer treffen, auffasst.

II. DIE DINGLICHEN KLAGEN GEGEN EINWIRKUNGEN

1. Ihre Funktion

Wenn man von einem individualistischen und verhältnismässig unumschränkten Eigentumsbegriff ausgeht, liegt die Auffassung nahe, dass der Eigentümer auf seinem eigenen Grund und Boden tun und lassen dürfe, was ihm beliebe. Ausgehend vom Grundsatz der Freiheit des Eigentümers A kommen wir so aber zur Frage, in welchem Ausmass sich der Eigentümer B des benachbarten Grundstückes die Auswirkungen der Ausübung des Eigentumsrechts durch seinen Nachbarn A gefallen lassen muss und welche Abwehrmittel ihm dagegen zur Verfügung stehen.

Diese Abwehr beruht auf einer der wichtigsten Komponenten des Eigentumsrechts: der Befugnis auf mehr oder weniger ausschliessliche Benützung eines Gegenstandes¹⁵⁾. Durch den Uebergang einer Sache in das Privateigentum eines bestimmten Menschen werden alle andern, alle Nicht-Eigentümer, vom Gebrauch dieser Sache ausgeschlossen; sie dürfen sich ihrer nicht mehr bedienen und nicht mehr auf sie einwirken¹⁶⁾. Diesem Ausschliessungsrecht kommt hier grosse Bedeutung zu, weil es zur Rücksichtnahme auf den Nachbarn zwingt.

¹³⁾ *Windscheid/Kipp* I 862.

¹⁴⁾ *JheringsJ.* 45, 332.

¹⁵⁾ Die Verletzung des Eigentumsrechts kann positiver oder negativer Natur sein: entweder wird gegen den Willen des Eigentümers auf die Sache eingewirkt oder der Eigentümer wird in der freien Verfügung über seine Sache gehindert; vgl. *Windscheid/Kipp* I 1009. Häufig wirkt sich eine Störung allerdings in beiden Hinsichten aus.

¹⁶⁾ Vgl. *Pininski* 14; *Hesse*, Rechtsverhältnisse II 37; *Sell* 16/17; *Schlossmann*, *JheringsJ.* 45, 338, 345; *Bluntschli/Dahn* 154; *Ehrenzweig* I 2, 126; *Kuhlenbeck* II 503; *Blumer* 126; *Bauhofer* 5; *Rothenhäusler* 94; *Bachmann* 14 u.a.; vgl. namentlich auch *ZGB* 641 II und *BGB* 903.

Als Abwehrmittel gegen rechtswidrige Einwirkungen kennt schon das römische Recht die sog. *negatorische Klage*. Sie ist wie die *actio confessoria* aus dem Recht der Dienstbarkeiten hervorgegangen. Während die *confessoria* dazu diente, die Servitut gegenüber dem belasteten Eigentümer geltend zu machen, bestand der Zweck der *actio negatoria* darin, die ungerechtfertigte Inanspruchnahme einer Servitut abzuwehren. Dabei wurde die Klage nur gutgeheissen, wenn der Beklagte die Servitut nicht nur behauptet, sondern tatsächlich in Anspruch genommen hatte ¹⁷⁾).

Es herrscht in der einschlägigen Literatur keine Einigkeit über die Frage, ob die *actio negatoria* im römischen Recht auch dann gegeben war, wenn die in Frage stehenden Einwirkungen ihrer Art nach überhaupt nicht Gegenstand einer Servitut bilden konnten. Dazu gehören u. a. die blossen Besitzstörungen, mutwillige Eingriffe in die Eigentums-sphäre eines andern und bloss gegen die Person des Eigentümers gerichtete Handlungen ¹⁸⁾).

Nach *Hesse* ¹⁹⁾ konnte die *actio negatoria* im römischen Recht nur dann angestrengt werden, wenn die in Frage stehenden Eingriffe ihrer äusseren Erscheinung nach den Typus einer Dienstbarkeit aufwiesen. Die gleiche Auffassung finden wir bei *Brinz* ²⁰⁾), während *Kuhlenbeck* ²¹⁾ die Klage auch anwenden will bei andern Konflikten zwischen Nachbarn. Dieser Autor hegt allerdings selbst gewisse Zweifel an der Richtigkeit seiner Auffassung und fügt deshalb bei, dass jedenfalls die gemeinrechtliche Praxis die *negatorische Klage* gegen jede unberechtigte Antastung der Freiheit des Eigentums zugelassen habe. Dieser Gedanke einer Divergenz zwischen römischem und gemeinem Recht verdichtet sich bei *Dernburg/Sokolowski* ²²⁾ zur positiven Feststellung, dass die *actio negatoria* des römischen Rechts nur zur Abwehr angemasster Servituten geeignet gewesen sei, während das gemeine Recht den Anwendungsbereich dieser Klage auf die Abwehr jeder angemassten Eigentumsbeschränkung ausgedehnt habe.

¹⁷⁾ Vgl. *Pininski* 81/82; *Windscheid/Kipp* I 1010; ausserdem auch *Schmidt* 62.

¹⁸⁾ Vgl. *Brinz* I 665; *Naef* 73.

¹⁹⁾ *Rechtsverhältnisse* I 25; vgl. auch *Rechtsverhältnisse* II 11 und 15.

²⁰⁾ I 665.

²¹⁾ II 564.

²²⁾ I 463/64.

Pagenstecher ²³⁾ stellt demgegenüber generell fest, dass die *actio negatoria* auch dann angestrengt werden konnte, wenn die Störung ihrer Art nach nicht geeignet gewesen wäre, Gegenstand einer *Servitut* zu bilden. Ähnlich äussert sich *Sell* ²⁴⁾.

2. Zweck und Ziel der negatorischen Klage

Im Vordergrund des Interesses steht für uns die Frage, worauf die *actio negatoria* im römischen und im gemeinen Recht gerichtet war. Was konnte mit dieser Klage verlangt werden?

Den Grundgedanken dieser Klage finden wir im Bestreben, die rechtswidrige Einwirkung auszuschliessen.

Wenn ein Recht durch einen tatsächlichen Zustand verletzt wird, entsteht in erster Linie die Notwendigkeit, den Zustand der Beeinträchtigung zu beseitigen²⁵⁾. Dem Recht soll Nachachtung verschafft, es soll geschützt werden. Von diesem Bestreben ist dasjenige zu unterscheiden, das auf die Wiedergutmachung des entstandenen Schadens gerichtet ist²⁶⁾. Diese beiden Aufgaben des Rechtsschutzes müssen streng auseinander gehalten werden.

Im römischen Recht stand wie heute bei der *actio negatoria* die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes und die Verhinderung zukünftiger Störungen, dh. der Schutz des Eigentums, im Vordergrund²⁷⁾. Dagegen streiten sich die verschiedenen Autoren darüber, ob die negatorische Klage gleichzeitig auch die Schadenersatzfunktion erfüllt habe oder ob dafür andere Rechtsmittel zur Verfügung standen. Weniger wichtig ist dabei für uns, ob neben der *actio negatoria* noch ein anderes prozessuales Mittel ergriffen werden musste. Es interessiert uns vielmehr vor allem, ob die Voraussetzungen der *actio negatoria* auch genügten zur Zusprechung von Schadenersatz oder ob auch hier die speziellen Voraussetzungen der allgemeinen Schadenersatzklagen gegeben sein mussten^{27a)}.

²³⁾ III 182/83; vgl. auch Weiss 215.

²⁴⁾ 389/90.

²⁵⁾ Vgl. Reinhard, ArchZivPr. 30, 220; Hesse, Rechtsverhältnisse II 8 und 32/33.

²⁶⁾ Vgl. hinten § 7 Abschn. II.

²⁷⁾ Vgl. Glück X § 685, 241/42; Sell 392; Hesse, Rechtsverhältnisse II 10.

^{27a)} Vgl. vorn § 2 N 7a.

Nach der wohl herrschenden Auffassung²⁸⁾ ging die *actio negatoria* auch auf Ersatz des durch die Eigentumsverletzung zugefügten Schadens. In diesem Sinne äussern sich u. a. *Glück*²⁹⁾, *Brinz*³⁰⁾, *Sell*³¹⁾, *Hesse*³²⁾, und *Dernburg/Sokolowski*³³⁾, der allerdings beifügt, dass die Schadenersatzfunktion der *actio negatoria* im römischen Recht wenig entwickelt war und dass man sich mit andern Rechtsmitteln (*cautio damni infecti* und *actio doli*) behalf. Auch *Kuhlenbeck*³⁴⁾ erwähnt den akzessorischen Anspruch auf Schadenersatz ausdrücklich bei der pandektenrechtlichen *actio negatoria*.

*Windscheid/Kipp*³⁵⁾ führt zwar zuerst die Schadenersatzfunktion der *actio negatoria* an, fügt dann aber (in N 5) bei, dass ein Schadenersatzanspruch, der nach allgemeinen Grundsätzen nicht begründet sei, auch mit der negatorischen Klage, dh. auf Grund des blossen Eigentumsrechts, nicht erhoben werden könne. Er verlangt also nur kein spezielles prozessuales Mittel zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruches, gewährt ihn aber doch nicht, wenn die speziellen Voraussetzungen einer Schadenersatzklage nicht gegeben sind. *Jhering*³⁶⁾ geht weiter und verneint die Schadenersatzfunktion der *actio negatoria*. Auf den gleichen Boden stellt sich mit überzeugender Begründung *Glück/Burkhard*³⁷⁾.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die *actio negatoria* im römischen und im gemeinen Recht auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes und auf Untersagung weiterer Störungen³⁸⁾ ging, wobei es in der Literatur streitig ist, ob ihr auch eine Schadenersatzfunktion innegewohnt hat.

3. Die Voraussetzungen der negatorischen Klage

Hauptvoraussetzung der Klage war die Beeinträchtigung des Eigentums, nachdem die Klage gerade auf Beseitigung dieser Beeinträchtigung

²⁸⁾ Vgl. *Glück/Burkhard* 61; *Schmidt* 41.

²⁹⁾ X § 685, 231.

³⁰⁾ I 669/70.

³¹⁾ 392.

³²⁾ Rechtsverhältnisse II 10 und 32/33.

³³⁾ I 465 N 12.

³⁴⁾ II 566.

³⁵⁾ I 1010.

³⁶⁾ *Geist* III 47 und 30 N 10.

³⁷⁾ 238.

³⁸⁾ Die Klage auf Unterlassung war im römischen Recht auf Leistung der *cautio de non amplius turbando* gerichtet; vgl. *Weiss* 216.

gerichtet war³⁹⁾. Dabei fielen aber nur rechtswidrige⁴⁰⁾ Beeinträchtigungen in Betracht, was sich aus der Funktion der Klage als Rechtsmittel gegen Verletzungen des Eigentumsrechts ergibt.

Welche Einwirkungen auf ein Grundstück waren aber als rechtswidrige Beeinträchtigungen des Rechts seines Eigentümers anzusehen? Wer von einem absoluten Eigentumsbegriff ausgeht, wird schnell bereit sein, alle Einwirkungen auf ein Grundstück als rechtswidrig zu bezeichnen. Er kommt aber sofort in Schwierigkeiten, wenn man auf das nach seiner Auffassung jedem Eigentümer und damit auch dem Nachbarn zustehende Recht hinweist, auf seinem Grund und Boden nach freiem Belieben zu schalten und zu walten; denn dabei entstehen zwangsläufig Einwirkungen auf die benachbarten Grundstücke.

Was aber vom Standpunkt des einen Eigentümers aus erlaubt ist, kann vom Standpunkt des andern aus nicht verboten sein. Die Rechtsordnung muss vielmehr die Grenze finden, bis zu der die Einwirkungen dem einen erlaubt sind und vom andern geduldet werden müssen: denn *«qui iure suo utitur neminem laedit»*.

Dieser berühmte und immer wieder zitierte Satz des römischen Rechts hat namentlich auch den Juristen der Neuzeit grosse Schwierigkeiten bereitet.

Nach Hesse⁴¹⁾ steht dieser Satz fest und es ist ihm im Rahmen der *actio negatoria*, abgesehen von einigen singulären Vorschriften, Rechnung zu tragen. Brinz⁴²⁾ will aus ihm nicht ableiten, dass jeglicher Gebrauch der eigenen Sache erlaubt sei. Er zieht aus ihm vielmehr nur den Schluss, dass der rechtmässige Gebrauch der eigenen Sache nicht deshalb rechtswidrig werde, weil ein Dritter darunter leide. Wenn aber eine Verwendung einer Sache sich als unerlaubter Eingriff in eine fremde Rechtssphäre erweise, könne sie nicht mehr als Ausübung des Eigentumsrechts angesprochen werden.

Pininski⁴³⁾ begnügt sich nicht mit dieser einschränkenden Interpretation, sondern betrachtet den erwähnten Satz nur als eine rhetorische Wendung, eine leere, inhaltlose Phrase der römischen Juristen; denn

³⁹⁾ Vgl. Hesse, Rechtsverhältnisse II 33.

⁴⁰⁾ Vgl. Hesse, Rechtsverhältnisse II 8 und 40, JheringsJ. 6, 409 ff., 424; Glück/Burkhard 195.

⁴¹⁾ Rechtsverhältnisse I 271; vgl. auch 10—12.

⁴²⁾ I 480; vgl. auch die Interpretation v. Tuhrs (III 564 N 24), wonach dieser Satz einfach besagen soll, dass der durch Rechtsausübung angerichtete Schaden nicht rechtswidrig und daher nicht zu ersetzen ist.

⁴³⁾ 114.

dieses Axiom gebe uns nicht die geringste Auskunft darüber, wie und wo die hier in Frage stehende Grenze zu ziehen sei.

Wer diese Grenzziehung durch Interpretation des in Frage stehenden Satzes zu finden hofft, wird allerdings zwangsläufig enttäuscht sein; denn sie ist nicht darin enthalten. Der Satz bestätigt aber, dass schon die römischen Juristen erkannt haben, dass die beiden Komponenten des Eigentumsrechts, die freie Verfügung über den Gegenstand und der Ausschluss fremder Einwirkungen, einander im Nachbarverhältnis gegenseitig beschränken. Denn aus dem erwähnten Satz darf nicht einseitig der Schluss gezogen werden, dass keine Rechtsverletzung des Nachbarn eintreten könne, solange ein Eigentümer auf seinem Grundstück nach freiem Belieben tätig sei und dabei die Ursachen für die rechtswidrigen Einwirkungen setze. Man kann ebensogut daraus ableiten, dass sich aus der Tatsache der Verletzung rechtlich geschützter Interessen als Folge eines bestimmten Verhaltens ergebe, dass dieses Verhalten nicht mehr eine Rechtsausübung darstelle, sondern rechtswidrig sei.

Die von *Pininski* vermisste Grenzziehung hat den Juristen aller Zeiten sehr viel Kopfzerbrechen verursacht. Diese Frage gehört aber streng genommen nicht mehr zu unserem Thema, weshalb sie hier nur kurz gestreift werden kann. Es handelt sich um den schwierigen Interessenausgleich zwischen Nachbarn, über den sich allgemeine Regeln nur mit grossen Schwierigkeiten aufstellen lassen ⁴⁴⁾).

Die Römer betrachteten nur diejenigen Einwirkungen als rechtswidrig, dh. als Verstösse gegen das Eigentumsrecht des Gestörten, die sog. *Immissionen* darstellten. Dabei wird in der Literatur unterschieden zwischen direkten und indirekten Immissionen. Nach *Hesse* ⁴⁵⁾ liegt eine direkte Immission vor, wenn ein fremder Körper, der einen sichtbaren Raum einnimmt und mit dem Nachbargrundstück fest verbunden ist oder von demselben ausgeht, infolge einer Anlage oder Vorrichtung des Nachbarn oder von selbst infolge seiner Natur unmittelbar in unser Grundeigentum eindringt. *Glück/Burkhard* umschreibt die direkte Immission ähnlich: «Eine directe Immission ist dann vorhanden, wenn die eine Grenzüberschreitung enthaltende Handlung und Anlage in ihrer Wirkung sofort und nothwendig auf dem Nachbargebiet in Erscheinung kommt, wenn die Handlungen und Anstalten ohne Vermittlung weiterer Ursachen, lediglich weil man so thut und so hat, in das Nachbargebiet eingreifen » ⁴⁶⁾. Der gleiche Autor betrachtet diejenigen Im-

⁴⁴⁾ Brinz I 481.

⁴⁵⁾ Rechtsverhältnisse II 37.

⁴⁶⁾ 207.

missionen als indirekt, bei denen der Eingriff auf das Nachbargrundstück nur beim Mitwirken bestimmter Bedingungen, z. B. Wind und Wasser, zustande kommt ⁴⁷⁾). Wenn ich die Grenzen meines Eigentums überhaupt nicht überschreite, liegt keine Immission und damit von vorneherein keine Rechtswidrigkeit vor ⁴⁸⁾). Auch Gestank und Lärm galten nicht als Immissionen, auch nicht als indirekte, und gaben daher nicht Anlass zur *actio negatoria* ⁴⁹⁾).

Im allgemeinen werden die direkten Immissionen von vorneherein als rechtswidrig betrachtet ⁵⁰⁾), während dies bei den indirekten nur unter bestimmten Voraussetzungen zutrifft.

Nach *Pininski* ⁵¹⁾ sind indirekte Immissionen insofern gestattet, als sie dem Grundeigentümer keinen Schaden verursachen oder als Ausfluss der den wirtschaftlichen Verhältnissen und der anerkannten Lebenssitte entsprechenden Benutzung des Grundstückes erscheinen. *Glück/Burkhard* ⁵²⁾ lässt bei indirekten Immissionen die *actio negatoria* zu, wenn infolge ausserordentlicher Benützung des Grundstückes in schädlicher und lästiger Weise auf das nachbarliche Eigentum eingewirkt wird. Auch *Kuhlenbeck* ⁵³⁾ stellt darauf ab, ob die indirekten Immissionen auf den gewöhnlichen, üblichen Betrieb zurückzuführen seien oder nicht.

Als rechtswidrig galten also neben den direkten Immissionen unter bestimmten Voraussetzungen auch die indirekten.

Im übrigen setzte die *actio negatoria* nach römischem und nach dem Pandektenrecht kein Verschulden des Beklagten voraus ⁵⁴⁾).

4. Einzelfragen

a) *Die Aktivlegitimation:* Das Ausschliessungsrecht, das der *actio negatoria* zu Grunde liegt, steht dem Eigentümer zu, der daher

⁴⁷⁾ Vgl. Glück/Burkhard 212/13; ausserdem Hesse, Rechtsverhältnisse II 41.

⁴⁸⁾ Vgl. Glück/Burkhard 195, 199/200; Hesse, Rechtsverhältnisse II 10; a.M. Pagenstecher I 120, der nicht auf die Grenzüberschreitung durch etwas Körperliches abstellt.

⁴⁹⁾ Vgl. Hesse, Rechtsverhältnisse II 36/37.

⁵⁰⁾ Vgl. Pininski 113, der aber auch die direkte Immission in Ausnahmefällen als erlaubt betrachtet.

⁵¹⁾ 113/14.

⁵²⁾ 228.

⁵³⁾ II 508.

⁵⁴⁾ Vgl. Hesse, Rechtsverhältnisse I 31, 40.

zweifelloos aktiv legitimiert ist ⁵⁵⁾). Sind damit aber andere am Grundstück Berechtigte, sei es nun dinglich oder obligatorisch, von der Geltendmachung dieser Klage ausgeschlossen?

Dies stände wohl im Widerspruch zu den Bedürfnissen des praktischen Lebens. Dementsprechend haben die römischen Juristen die *actio negatoria* auch dem *bonae fidei possessor*, dem *Superficiar*, dem *Emphyteuta* und dem Pfandgläubiger zugestanden, wenn auch nur als *actio utilis* ⁵⁶⁾).

b) *Die Passivlegitimation*: Da das Ausschliessungsrecht dem Eigentümer gegenüber jedermann zusteht, kann auch jeder Störer mit der *actio negatoria* ins Recht gefasst werden. Die Beziehung des Störers zu einem benachbarten Grundstück ist irrelevant ⁵⁷⁾). Praktisch kommen als Beklagte trotzdem vor allem die an den Nachbargrundstücken Berechtigten in Frage, da namentlich sie in die Lage kommen, an störenden Handlungen ein Interesse zu haben und sie daher auch vorzunehmen.

c) *Die Verantwortlichkeit des Eigentümers für Dritte*: Es handelt sich hier um die Beantwortung der Frage: Kann der Eigentümer eines Grundstückes mit der negatorischen Klage belangt werden, wenn von seinem Grundstück aus ein Dritter die Störung vornimmt?

Nach *Weiss* ⁵⁸⁾ wurde der Eigentümer desjenigen Grundstückes, von dem die Störung ausging, schon kraft seines Eigentums als Störer angesehen. Dies galt auch dann, wenn die Störung nicht dem Willen dieses Eigentümers entsprach.

Etwas weniger weit geht *Hesse* ⁵⁹⁾, wenn er schreibt, dass der Eigentümer mit der *actio negatoria* belangt werden konnte, wenn er unabhängig von seinem Eigentumsrecht für den Störer einzustehen hatte (Familienangehörige, Dienstboten) oder wenn er den Auftrag zur störenden Handlung erteilt hatte oder wenn er diese später genehmigte. Wenn aber keine dieser Voraussetzungen vorlag, konnte nach diesem Autor nur der Störer selbst ins Recht gefasst werden, wobei *Hesse* allerdings die *actio negatoria* nicht als anwendbar betrachtet ⁶⁰⁾).

⁵⁵⁾ Vgl. *Hesse*, Rechtsverhältnisse II 124/25.

⁵⁶⁾ Vgl. Glück X § 685, 231; *Dernburg/Sokolowski* I 464; *Hesse*, Rechtsverhältnisse II 129; Sell 389.

⁵⁷⁾ Vgl. *Dernburg/Sokolowski* I 464; Sell 389/90; *Pagenstecher* III 187. Vgl. aber auch *Hesse*, Rechtsverhältnisse II 125 und 129.

⁵⁸⁾ 216.

⁵⁹⁾ Rechtsverhältnisse II 126.

⁶⁰⁾ Vgl. vorne N 57.

d) In Bezug auf die Beweislast ist sich die Mehrzahl der Autoren darin einig, dass der Eigentümer nur sein Eigentumsrecht zu beweisen hatte, während es Sache des Beklagten war, sich auf eine eventuelle Servitut zu berufen und dieses Recht nachzuweisen ⁶¹⁾).

III. DIE PERSÖNLICHEN KLAGEN GEGEN EINWIRKUNGEN (namentlich die *cautio damni infecti*)

Neben der negatorischen Klage weist das römische Recht einige persönliche Rechtsmittel ⁶²⁾ gegen Einwirkungen auf Nachbargrundstücke auf. Im Vordergrund unseres Interesses steht dabei die sog. *cautio damni infecti*, die wir eigenartigerweise weder im französischen, noch im modernen deutschen ⁶³⁾, noch im oesterreichischen ⁶⁴⁾ Recht wiederfinden. Die *aquae pluviae arcendae actio* soll nur kurz dargestellt werden. Zum Nachbarrecht können auch das *interdictum quod vi aut clam*, die *actio finium regundorum* und die *operis novi nuntiatio* gezählt werden. Sie gehören aber nicht mehr in den Bereich dieser Arbeit und scheiden daher hier aus.

1. Die *cautio damni infecti* ⁶⁵⁾

a) Die Wirkungsweise der *cautio damni infecti*: Nach dem alten *ius civile* stand dem Grundeigentümer kein Rechtsmittel zu gegen seinen Nachbarn, der sein Haus verlottern liess und damit die umliegenden Grundstücke gefährdete. Er musste dem Wachsen der Gefahr mit verschränkten Armen zusehen, wenn er nicht die Reparatur des benachbarten Hauses selbst durchführen und die Unannehmlichkeit auf sich nehmen wollte, die Kosten beim Nachbarn einzutreiben resp.

⁶¹⁾ Vgl. Dernburg/Sokolowski I 465; Hesse, Rechtsverhältnisse II 105; Windscheid/Kipp I 1013; Sell 392/93; Pagenstecher III 184; Weiss 157; a.M. Brinz I 667.

⁶²⁾ Ueber den Unterschied zwischen persönlichen und dinglichen Klagen vgl. Dernburg/Sokolowski I 252/53; nach diesem Autor basieren die persönlichen Klagen auf Rechtsverhältnissen, die die Leistung einer Person bezwecken und damit erledigt sind, während die dinglichen Klagen auf Rechtsverhältnissen beruhen, die einen dauernden Charakter und allgemeinen Bezug haben, sodass sie nicht in einer einmaligen Leistung aufgehen. Pagenstecher III 5 betont, dass Klagen auf Entschädigung keine dinglichen Klagen sind; sie erlöschen nicht mit dem Eigentum. Vgl. zu diesen Fragen auch Ehrlich, ArchZivPr. 115, 184/85.

⁶³⁾ Die *cautio damni infecti* wird im deutschen Recht z. T. ersetzt durch BGB 908; vgl. Enneccerus, Kipp u. Wolff III 168, Kühlenbeck II 506.

⁶⁴⁾ Vgl. immerhin ABGB 343 und dazu Ehrenzweig I 2, 137.

⁶⁵⁾ Ueber den persönlichen Charakter dieses Rechtsmittels vgl. Dernburg/Sokolowski I 399; Sell 19 N 1; Pagenstecher III 7.

wenn er nicht auf seinem eigenen Boden eine Schutzmauer errichten oder ähnliche Massnahmen ergreifen wollte ⁶⁶⁾).

Diese Rechtslage befriedigte häufig nicht. Der Praetor schuf daher, wahrscheinlich angeregt durch die Abhilfe, die einzelne Grundeigentümer durch Stipulationen selbst geschaffen hatten, in seinem Edikt die sog. *cautio damni infecti*. Dieses neue Rechtsmittel des honorarischen Rechts bestand darin, dass der durch den Nachbarn bedrohte ⁶⁷⁾ Grundeigentümer von diesem verlangen konnte, dass er die vertragliche Pflicht übernehme, ihm den eventuell in Auswirkung der betreffenden Gefahr entstandenen Schaden zu ersetzen.

Dabei musste der Ansprecher eidlich erklären, dass er von der Rechtmässigkeit seines Vorgehens überzeugt sei (Kalumnieneid ⁶⁸⁾). Gestützt darauf stellte der Praetor den Angesprochenen vor die Alternative, entweder die Stipulation zu leisten und gegebenenfalls sicherzustellen ⁶⁹⁾ oder erhebliche Nachteile in Kauf zu nehmen.

Die Art dieser Nachteile richtete sich nach dem Grund der *cautio damni infecti*. Diese konnte nämlich entweder *ex aedium et loci vitio*, dh. wegen eines gefährdenden Zustandes des benachbarten Grundstückes und seiner Bestandteile gefordert werden oder *ex operis vitio*, wobei der Ausdruck «opus» nicht im Sinne eines abgeschlossenen Werkes, sondern im Sinne eines Tätigwerdens interpretiert werden muss ⁷⁰⁾. Dieses *facere* des Angesprochenen konnte sich entweder auf dessen eigenem Grund und Boden, auf einer fremden Liegenschaft — z. B. gestützt auf eine Servitut — oder auf dem Eigentum der öffentlichen Hand abspielen ⁷¹⁾.

Bei der *cautio damni infecti ex aedium et loci vitio* wurde dem Ansprecher bei Verweigerung der Stipulation zuerst die *missio in possessionem* des fraglichen Grundstückes *ex primo decreto* und, wenn dies nichts fruchtete, diejenige *ex secundo decreto* erteilt. Die erste ver-

⁶⁶⁾ Vgl. Glück/Burkhard 97/98.

⁶⁷⁾ Es war dabei irrelevant, ob die Furcht begründet war oder nicht, vgl. Glück/Burkhard 129.

⁶⁸⁾ Vgl. Weiss 219; Glück XII § 807, 359.

⁶⁹⁾ Vgl. Hesse, *cautio* 89.

⁷⁰⁾ Vgl. Hesse, *cautio* 23, Rechtsverhältnisse I 4/5; Windscheid/Kipp II 998/99; Glück/Burkhard 2, 43/44 und 162/63.

⁷¹⁾ Glück/Burkhard 165/66.

⁷²⁾ Vgl. Weiss 219; Dernburg/Sokolowski I 402; Hesse, *cautio* 21 und 104 ff., Rechtsverhältnisse I 152/53; Windscheid/Kipp II 992; Glück/Burkhard 34/35.

schaffte dem Ansprecher das Recht der Detention des Grundstückes, die zweite den Besitz und damit die Aussicht auf die Ersitzung⁷²⁾ 73).

Wenn demgegenüber die *cautio damni infecti* wegen *vitium operis* angestrengt wurde, stellte die Einweisung in den Besitz nicht die der Sachlage entsprechende Sanktion dar; dies ergibt sich schon daraus, dass der Urheber der fraglichen Tätigkeit häufig nicht der Eigentümer des Grundstückes war, auf dem er sie ausübte. Daher zog die Verweigerung der Kautionsleistung in diesem Fall die Verhinderung der be-
anstandeten Tätigkeit nach sich⁷⁴⁾.

Wurde dagegen vom Angesprochenen die verlangte Verpflichtung übernommen, so konnte er nachher auf Grund dieses Versprechens auf Schadenersatz belangt werden, wenn die befürchtete Schädigung wirklich eintrat⁷⁵⁾. War dies nicht der Fall, so wurde der Kavent durch die *cautio damni infecti* überhaupt nicht belastet. Mit dem Zeitablauf erlosch die Verpflichtung, da sie immer nur für einen bestimmten Zeitraum eingegangen werden musste.

Der Schadenersatzanspruch auf Grund der *cautio damni infecti* setzte also voraus, dass der Ansprecher vorher die Gefährdung seiner Liegenschaft erkannt und die Kautionsleistung verlangt hatte⁷⁶⁾. Der Angesprochene wurde dann durch das Begehren der Kautionsleistung auf die Befürchtungen des Nachbarn nachdrücklich aufmerksam gemacht und er hatte Gelegenheit, diesen Rechnung zu tragen oder nicht — je nachdem, wie er die Gefahr einschätzte.

Wenn auch der Geschädigte die Gefahr nicht rechtzeitig erkannt hatte und ihm deswegen keine Nachlässigkeit vorgeworfen werden konnte, musste der Schädiger auch ohne Kautionsleistung den Schaden ersetzen oder das Gebäude abtreten⁷⁷⁾. Keine Nachlässigkeit wurde ihm z. B. vorgeworfen, wenn die Zeit nicht ausreichte, um die Kautionsleistung zu fordern oder wenn der Bedrohte abwesend war.

Die Inanspruchnahme des Kaventen für einen bestimmten Schaden hob die Wirkung der Stipulation für zukünftige Schäden nicht auf⁷⁸⁾.

⁷³⁾ Im gemeinen Recht wurde statt dessen die Kautionsleistung zur Strafe des Ungehorsams als geleistet erachtet und exsequiert oder es wurden andere Zwangsmittel angewendet; vgl. Hesse, *cautio* 22; Glück XVIII § 1080, 266/67.

⁷⁴⁾ Vgl. Windscheid/Kipp II 1000.

⁷⁵⁾ Vgl. Hesse, *Rechtsverhältnisse* I 146.

⁷⁶⁾ Vgl. Brinz I 683; Windscheid/Kipp II 991; Glück/Burkhard 129.

⁷⁷⁾ Dernburg/Sokolowski I 402/03; Pininski 65/66; Glück/Burkhard 16 und 595.

⁷⁸⁾ Vgl. Glück/Burkhard 516.

b) *Wesen und Bedeutung der cautio damni infecti*: Wie bereits erwähnt, wurde die cautio damni infecti aus praktischen Gründen als Notwendigkeit empfunden und daher vom Praetor durch das Edikt eingeführt. Der Gedanke liegt daher nahe, dass ihr Anwendungsbereich so abgegrenzt wurde, dass er sich nicht mit demjenigen anderer Rechtsmittel überschneidet; denn dort war die Einführung eines praetorischen Rechtsmittels gar nicht notwendig. Die Autoren sind sich denn auch gestützt auf die Quellen einig darüber, dass die cautio damni infecti nur subsidiär zur Anwendung gelangte, dh. nur dann, wenn keine andere Klage zur Verfügung stand⁷⁹⁾. Dies galt allerdings nur für den Hauptfall der cautio damni infecti ex aedum et loci vitio. Wegen eines facere konnte dieses Rechtsmittel neben einer andern Klage ergriffen werden⁸⁰⁾ ⁸¹⁾.

Die zweite Phase der cautio damni infecti, die Klage auf Schadenersatz, ist gegenüber der actio legis Aquiliae⁸²⁾ abzugrenzen. Der grundlegende Unterschied zwischen den beiden Klagen ergibt sich aus den Verschiedenheiten der rechtlichen Konstruktion, dh. aus dem Umstand, dass sie den letzten Endes gleichen Erfolg, nämlich die Leistung von Schadenersatz, auf verschiedenen rechtlichen Wegen erreichen: Während die actio legis Aquiliae gegen jeden Schädiger möglich war und keinerlei vorherige rechtliche Beziehung mit diesem voraussetzte, dh. nach modernem Sprachgebrauch deliktischer Natur war, beruhte die Schadenersatzklage bei der cautio damni infecti auf der geleisteten Kautio. Es war also eine actio ex stipulatu. Daraus ergibt sich ein Unterschied in bezug auf die Rechtswidrigkeit: Die actio legis Aquiliae setzte einen Verstoß gegen allgemeine Rechtsnormen voraus; die Klage auf Grund der geleisteten cautio damni infecti beruhte als solche aber nur auf der Erfüllung der Bedingung für die vertraglich übernommene Leistungspflicht⁸⁴⁾. Sie setzte an sich also keine Rechtswidrigkeit voraus; denn sie ging ihrer Konstruktion nach nicht auf Schadenersatz, sondern

⁷⁹⁾ Vgl. Pininski 64; Hesse, cautio 51 ff.; Windscheid/Kipp II 996; Glück/Burkhard 250.

⁸⁰⁾ Hesse, cautio 23, Rechtsverhältnisse I 7/8; Glück/Burkhard 237/38.

⁸¹⁾ Ueber den Begriff der Subsidiarität vgl. im übrigen Glück/Burkhard 263.

⁸²⁾ Vgl. über diese Klage Weiss 419 ff.; Jörs/Kunkel/Wenger 256 ff. u. a. — Wir lassen hier die Tatsache, dass die actio legis Aquiliae ursprünglich auf Strafe und nicht auf Schadenersatz ging und andere Besonderheiten, die für das heutige Recht ohne Belang sind, ausser Betracht.

⁸⁴⁾ Vgl. Brinz II 797 N 10. In dieser Bedingung war dann allerdings die Rechtswidrigkeit ihrerseits meistens wieder enthalten; vgl. hinten nach N 89.

auf Vertragserfüllung. Die Schadenersatzfunktion ergibt sich nur aus dem Umstand, dass das Versprechen auf Leistung von Schadenersatz lautet ⁸⁵⁾).

Ein praktisch bedeutsamer Unterschied besteht darin, dass die Klage aus der *cautio damni infecti* kein Verschulden des Beklagten voraussetzte. Allerdings war sie bei Naturereignissen, bei Handlungen Dritter, gegen die Folgen der natürlichen Beschaffenheit eines Grundstückes und namentlich bei *vis maior* ⁸⁶⁾ doch wieder nicht gegeben. Der Schaden musste also dem Kaventen zugerechnet werden können, dh. mit der zur Kautionsleistung verpflichtenden Tatsache im Kausalzusammenhang stehen ⁸⁷⁾.

Schliesslich konnte man auf Grund der *cautio damni infecti* im Gegensatz zur *actio legis Aquiliae* auch Schadenersatz verlangen, wenn der Schaden auf eine *Unterlassung* zurückzuführen war und wenn er nicht unmittelbar (*corpore corpori*) verursacht worden war ⁸⁸⁾.

Das Wesen der *cautio damni infecti* wird im weiteren massgebend bestimmt durch die Bedingung der vertraglichen Leistungspflicht. Für welche Fälle musste der Kavent die Leistung von Schadenersatz versprechen?

Es handelt sich hier im wesentlichen um die Frage, ob die Leistungspflicht aus der *cautio damni infecti* nur durch rechtswidrige Einwirkungen ausgelöst wurde oder ob dafür auch Störungen der Nachbarn genügten, die diese dulden mussten, weil ihnen mangels Rechtswidrigkeit die *actio negatoria* nicht zur Verfügung stand; denn es ist denkbar, dass auch durch solche erlaubte Einwirkungen Schaden entsteht.

Wenn auf die Rechtswidrigkeit verzichtet wurde, stellte die *cautio damni infecti* ein Mittel dar, mit dem für rechtmässige Schädigungen Ersatz verlangt werden konnte. Wenn dies nicht der Fall war, ist sie als Ergänzung der *actio negatoria* in dem Sinne zu betrachten, dass sie Schutz bot gegen die Folgen rechtswidriger Störungen, gegen die die

⁸⁵⁾ Aehnlich wie der Leistungsanspruch aus einer Sachversicherung zwar praktisch auf vollen oder teilweisen Schadenersatz geht, aber seinem Wesen nach kein Schadenersatzanspruch ist und auch keine Verletzung einer allgemeinen oder vertraglichen Pflicht durch den Versicherer voraussetzt; vgl. statt vieler Oftinger I 282.

⁸⁶⁾ Vgl. Stark 133 ff. und die dort zit. Literatur.

⁸⁷⁾ Vgl. Dernburg/Sokolowski I 399/400; Pininski 64/65; Hesse, *cautio* 25, 49, Rechtsverhältnisse I 56 ff.; Windscheid/Kipp II 992; Reinhard, ArchZivPr. 30, 225/26; Brinz I 672; Glück/Burkhard 137 ff.

⁸⁸⁾ Vgl. vorn zu N 87.

actio negatoria nicht gerichtet war^{88a}), wobei in Anbetracht des nachbarlichen Verhältnisses auf die besonderen Voraussetzungen der actio legis Aquiliae verzichtet wurde.

Sinn und Ursprung der cautio damni infecti sind wohl darin zu sehen, dass es allgemein und so auch vom Praetor als unbillig empfunden wurde, dass der Grundeigentümer den Vorgängen auf dem Nachbargrundstück untätig zusehen musste, solange keine rechtswidrigen Einwirkungen auf seine Liegenschaft stattfanden, auch wenn solche Folgen und damit seine Schädigung vorausgesehen werden konnten. Der Nachbar sollte vielmehr das Risiko, dass sein vorläufig rechtmässiges Verhalten rechtswidrige Auswirkungen haben könnte, selbst tragen⁸⁹).

Die cautio damni infecti diene also nicht einer Korrektur der Abgrenzung zwischen rechtmässigen und rechtswidrigen Einwirkungen, sondern einem Ausgleich für die Ohnmacht des Grundeigentümers gegenüber voraussehbaren Schädigungen durch den Nachbarn, denen er nicht ausweichen konnte. Sie bezweckte also, wie einzelne Autoren hervorheben, keineswegs eine Modifikation der mühsam herausgearbeiteten Lehre von den Eigentumsbeschränkungen und es war namentlich auf Grund der geleisteten Kautio nicht möglich, bei rechtmässigen indirekten Immissionen Schadenersatz zu verlangen⁹⁰). Dies war auch nicht notwendig, nachdem der Billigkeit schon bei der Abgrenzung zwischen rechtswidrigen und rechtmässigen indirekten Immissionen Rechnung getragen worden ist.

Nun sind allerdings auch ohne (direkte oder indirekte) Immissionen, an die das römische Recht hier die Rechtswidrigkeit knüpft, beträchtliche Störungen eines Nachbarn möglich. In der Literatur wird häufig das Beispiel von Grabungen auf dem eigenen Grundstück erwähnt, durch die das Nachbarhaus zum Einsturz gebracht wird. Auch in diesen Fällen war die cautio damni infecti gegeben⁹¹). Dabei möchte ich dahingestellt bleiben lassen, ob die römischen Juristen hier wirklich an eine rechtmässige Schädigung dachten oder nur wegen der besonderen Verhältnisse die actio negatoria verweigerten, was wohl wahrscheinlicher ist.

^{88a}) Vgl. vorn Abschn. II Ziff. 2; die Frage, ob die actio negatoria auch eine Schadenersatzklage enthielt, ist allerdings umstritten, vgl. vorn zu N 28 ff.

⁸⁹) Glück/Burkhard 43/44, 195; Hesse, cautio 10, Rechtsverhältnisse II 9.

⁹⁰) Vgl. Glück/Burkhard 62, 214; Windscheid/Kipp II 1000.

⁹¹) Vgl. Reinhard, ArchZivPr. 30, 230; Glück/Burkhard 43/44, 234–36; vgl. aber auch Windscheid/Kipp II 1000.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die cautio damni infecti im Verhältnis zwischen Nachbarn⁹²⁾ über die zwischen beliebigen Personen geltende Regelung hinaus dem Gedanken der Billigkeit⁹³⁾ Rechnung trägt. Sie gibt dem mit einer Schädigung bedrohten Eigentümer die Möglichkeit, das Risiko des Schadenseintrittes auch für solche Fälle auf den eventuellen Schadenstifter zu überwälzen, in denen dieser auf Grund der allgemeinen Rechtsregeln nicht haftbar gemacht werden könnte. Diese Erweiterung der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers gegenüber seinem Nachbarn setzt aber voraus, dass dieser vorher tätig wird und durch die Kautionsforderung den Nachbarn auf seine Bedenken aufmerksam macht⁹⁴⁾.

c) *Die Art des Schadens:* Hier ist in erster Linie an die Tatsache zu erinnern, dass es sich um ein Rechtsmittel zur Regelung des nachbarlichen Verhältnisses handelt. Hesse⁹⁵⁾ verlangt daher, dass die Grundstücke des Ansprechers und des Angesprochenen als Vermittler des Schadens erscheinen, auf der einen Seite als Vermittler der Ursache und auf der andern Seite als Vermittler der Wirkung. Die Kautio ging also nur auf Schaden, der durch eine Verletzung der Substanz des Grundstückes verursacht wurde. Für Mobilien konnte die Kautio nur insofern gefordert werden, als sie durch den das Grundstück betreffenden Schaden mitbetroffen wurden. Als ersatzberechtigt galt der Verlust von Vorteilen, welcher durch die Beschädigung des Grundstückes, seiner Bestandteile und seiner Zubehör veranlasst worden war. Dabei wurde nicht nur das damnum emergens, sondern auch das lucrum cessans berücksichtigt⁹⁶⁾.

⁹²⁾ Aus dem Aufbau der cautio damni infecti, namentlich aus der Notwendigkeit einer vorausgehenden Warnung, ergibt sich, dass diese ganz auf das Nachbarverhältnis zugeschnitten ist; vgl. Hesse, cautio 62; Glück/Burkhard 36; dieser Autor betont S. 133 auch, dass der Schaden von einem Grundstück oder dessen Bestandteilen ausgehen muss und dass es ein Grundstück sein muss, dem der Schaden unmittelbar droht.

⁹³⁾ Reinhard, ArchZivPr. 30, 218.

⁹⁴⁾ Die cautio damni infecti gibt, wie dies ihrer ganzen Konstruktion entspricht, nur Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens, der nach erfolgter Kautionsleistung eintritt; vgl. Hesse, Rechtsverhältnisse I 132.

⁹⁵⁾ Rechtsverhältnisse I 296; vgl. auch Glück/Burkhard 130 ff.

⁹⁶⁾ Hesse, cautio 96, Rechtsverhältnisse I 219; Glück/Burkhard 130. Ueber besonders hohen Schaden vgl. Jhering, Schuldmoment 216/17.

Für blossen Vermögensschaden ohne Substanzverletzung — Glück/Burkhard⁹⁷⁾ erwähnt als Beispiel das Ausziehen von Mietern wegen Lärm — konnte auf Grund der *cautio damni infecti* kein Ersatz verlangt werden. Auch für den Ersatz des Personenschadens scheint die Kautio keine Handhabe geboten zu haben⁹⁸⁾.

d) *Die Aktiv- und Passivlegitimation:* Ursprünglich war wohl die *cautio damni infecti* nur als Rechtsmittel zum Schutze des bedrohten Eigentümers gedacht⁹⁹⁾. Die Aktivlegitimation wurde aber bald ausgedehnt auf alle Personen, die ein gegenwärtiges und selbständiges Interesse an der Erhaltung der bedrohten Sache hatten, also namentlich auf den Superfiziär, den Emphyteuta, den Usufructuar, den Pfandgläubiger und den *bonae fidei possessor*. Schliesslich wurde sie auch auf die nur obligatorisch Berechtigten ausgedehnt, sei es, dass sie dem Berechtigten den Schaden ersetzen mussten oder ein Forderungsrecht auf die Sache hatten. Hiezu gehörte namentlich auch jeder, der für *custodia* einzustehen hatte und der Mieter¹⁰⁰⁾.

Für Mobilien, die sich auf dem Grundstück befanden und die gleichzeitig mit diesem beschädigt zu werden riskierten, konnte nur derjenige die Kautio verlangen, der zum Grundstück in einem bestimmten rechtlichen Verhältnis stand¹⁰¹⁾.

Die Passivlegitimation hängt eng zusammen mit den Konsequenzen der Nichtleistung der Kautio. Dementsprechend müssen wir hier zwischen der *cautio damni infecti ex aedium et loci vitio* und derjenigen *ex operis vitio* unterscheiden.

Bei der *cautio damni infecti ex aedium et loci vitio* richteten sich die bei Verweigerung der Stipulation vom Praetor angedrohten Massnahmen gegen das Recht des Eigentümers. Verpflichtet zur Kautionsleistung war hier also nur der Eigentümer¹⁰²⁾. Diese Kautions-

⁹⁷⁾ 236.

⁹⁸⁾ Vgl. Glück X § 692, 270, der den Fall erwähnt, dass eine Sache von einem privaten Grundstück aus auf eine öffentliche Strasse fällt und dort einen Passanten schädigt. Dabei könne der Eigentümer des Grundstückes durch keine Entschädigungsklage in Anspruch genommen werden, wenn ihn kein Verschulden treffe.

⁹⁹⁾ Vgl. Glück/Burkhard 274.

¹⁰⁰⁾ Hesse, cautio 64 ff., Rechtsverhältnisse I 80/81; Windscheid/Kipp II 993; Glück/Burkhard 277/78, 285 und 316.

¹⁰¹⁾ Vgl. Brinz I 672/73.

¹⁰²⁾ Vgl. Glück/Burkhard 353/54, der eine eigentliche Verpflichtung zur Leistung der Kautio nebst dem Eigentümer nur für den Emphyteuta anerkennt; vgl. S. 393; a.M. Hesse, cautio 81 ff.

verpflichtung bestand unabhängig davon, wer für den gefährdenden Zustand der Liegenschaft intern verantwortlich war. Es handelte sich also eventuell auch um ein Entstehen für Dritte, denen die Unterhaltungspflicht gegenüber dem Eigentümer oblag.

Dies heisst aber nicht, dass nur der Eigentümer die Kautio leisten konnte. An seiner Stelle konnten dies vielmehr auch andere am Grundstück Berechtigte tun, wenn dies in ihrem Interesse lag ¹⁰³).

Bei der *cautio damni infecti ex operis vitio* stand demgegenüber der Täter im Vordergrund. Für ihn hatte die Androhung des Verbotes seiner Tätigkeit in erster Linie Bedeutung und er war daher auch immer passiv legitimiert, unabhängig davon, in welcher Beziehung er zum betreffenden Grundstück stehe ¹⁰⁴).

Neben dem direkten Täter konnten aber weitere Personen belangt werden, so namentlich sein Auftraggeber und derjenige, der das Recht und die Pflicht hatte, die fragliche Tätigkeit zu verhindern ¹⁰⁵).

2. Die *aquae pluviae arcendae actio*

Eine eigenartige Mittelstellung zwischen der *actio negatoria* und der *cautio damni infecti* nahm die schon im Zwölftafelgesetz ¹⁰⁶) aufgeführte *aquae pluviae arcendae actio* ein. Ihr Zweck bestand darin, in bezug auf den Abfluss des Regenwassers keine Aenderungen eintreten zu lassen: Sie richtete sich gegen die Veränderung des natürlichen oder seit unvor-denklicher Zeit bestehenden Ablaufes des Regenwassers zum Schaden eines benachbarten Feldgrundstückes ¹⁰⁷).

Dementsprechend ging die *aquae pluviae arcendae actio* auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, auf Beseitigung der durch Menschenhand herbeigeführten Veränderungen des Abflusses des Regenwas-

¹⁰³) Vgl. Hesse, *cautio* 81 ff., Rechtsverhältnisse I 96/97; Windscheid/Kipp II 994; Glück/Burkhard 341/42.

¹⁰⁴) Wenn ein Schaden nicht mehr wegen der Errichtung, sondern wegen der Beschaffenheit einer Anlage — nach ihrer Fertigstellung — droht, kommt die *cautio damni infecti ex aedium et loci vitio* in Frage und geht die Kautionspflicht auf den Eigentümer über; vgl. Hesse, Rechtsverhältnisse I 96/97; Glück/Burkhard 187. Wurde die Kautio vor der Vollendung geleistet, so blieb der Täter ersatzpflichtig; vgl. Glück/Burkhard 328/29.

¹⁰⁵) Vgl. Hesse, *cautio* 87/88; Glück/Burkhard 183/84, 323 und 326. — Weiss 216 will den Eigentümer schon kraft seines Eigentumsrechts als Störer ansehen und auch entsprechend behandeln, auch wenn die Störung nicht seinen Absichten entspricht.

¹⁰⁶) Hesse, Rechtsverhältnisse I 189/90.

¹⁰⁷) Vgl. Windscheid/Kipp II 1058/59; Pagenstecher III 6.

sers zum Schaden des Nachbarn ¹⁰⁸). Ausserdem konnte Ersatz desjenigen Schadens verlangt werden, der seit der Litiskontestation eingetreten war ¹⁰⁹).

Eine eingehendere Darstellung dieser Klage erübrigt sich im Rahmen dieser Arbeit.

§ 4. Das deutsche und das österreichische Recht ¹⁾

I. DER RECHTSZUSTAND IN DEUTSCHLAND VOR ERLASS DES BGB

Vor Erlass des BGB vom 18. August 1896, das am 1. Januar 1900 ²⁾ in Kraft getreten ist, war das Privatrecht in Deutschland ebenso wenig vereinheitlicht wie vor Inkrafttreten des ZGB in der Schweiz. Die verschiedenen Länder besaßen ihre eigenen Rechtsordnungen, die überwiegend einerseits auf dem alten deutschen Recht und anderseits auf dem am Ende des Mittelalters rezipierten römischen Recht beruhten ³⁾.

1. Das alte deutsche Recht

Im alten deutschen Recht bildete das Grundeigentumsrecht das wichtigste Privatrecht, auf dem auch die Organisation der Gemeinschaft, die heute dem öffentlichen Recht anheim fällt, beruhte ⁴⁾. Dementsprechend kam der Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sa-

¹⁰⁸) Hesse, Rechtsverhältnisse I 184; Windscheid/Kipp II 1059; Brinz I 687; Weiss 218.

¹⁰⁹) Vgl. Hesse, Rechtsverhältnisse I 184, 189 und 244 ff.; Pagenstecher III 6; Glück/Burkhard 240 N 9. Brinz I 687 betont, dass der Anspruch auf Ersatz des zukünftigen Schadens nicht auf die *aquae pluviae arcendae actio* im speziellen zurückzuführen sei, sondern eine allgemeine Folge der Litiskontestation darstelle. Nach Windscheid/Kipp II 1059 geht diese Klage auch auf Ersatz des vor Streitbeginn entstandenen Schadens.

¹⁾ Wir berücksichtigen hier wie in der ganzen Arbeit in erster Linie das vor der nationalsozialistischen Ära geltende deutsche Recht und sehen namentlich davon ab, die Wandlung des Eigentumsbegriffs unter dem Einfluss des Nationalsozialismus speziell zu erörtern. So wurde auch auf die Würdigung der nationalsozialistischen Sondergesetzgebung über die teilweise Aufhebung der §§ 903 ff. BGB, z. B. gegenüber Betrieben für die Volksernährung und Volksgesundheit, verzichtet. (Vgl. Staudinger/Kober N 21 zu BGB 903, N 30 zu BGB 906; Soergel N 7 e zu BGB 906.)

²⁾ Vgl. Art. 1 des EG zum BGB vom 18. Aug. 1896.

³⁾ Vgl. vorn § 3 und über die Rezeption neben vielen anderen Pütter 149 ff.

⁴⁾ Vgl. Bluntschli/Dahn 153; Mittermaier I 400 ff., namentlich 412; Pütter 128 ff.; Jhering, Geist II 107/08.

chen im Gegensatz zum römischen Recht sehr grosse Bedeutung zu. Schon im Mittelalter wurde dem Grundeigentumsrecht ein gerichtlicher Schutz gegenüber jedermann zuerkannt ⁵⁾).

Wir können hier auf diese Regelung nicht näher eintreten. Es sei nur kurz darauf hingewiesen, dass damals von einem absoluten Eigentumsrecht keine Rede sein konnte. Die Idee des Begrenztseins war dem Begriff des germanischen Eigentumsrechts immanent und die Beschränkungen stellten daher nicht nur eine ihm durch die praktischen Notwendigkeiten aufgezwungene Modifikation dar. So setzten die genossenschaftlichen Verbände dem Privateigentum Schranken, die durch die Art der Bewirtschaftung des Bodens bedingt waren. Daneben bestanden aber auch Beschränkungen, die ausschliesslich der Rücksicht auf Nachbarliegenschaften entsprungen waren ⁶⁾).

2. Die Kodifikationen vor dem BGB

Die Idee der Bestimmung des Umfanges des Eigentumsrechts durch die in Frage stehenden, rechtlich zu schützenden Interessen und die Rücksichtnahme auf die Nachbarn finden wir in den dem BGB vorangegangenen Kodifikationen der deutschen Länder nur noch ganz vereinzelt; sie ist durch den Einfluss des römischen Rechts ⁷⁾ und die der französischen Revolution zu Grunde liegenden Anschauungen verdrängt worden.

Die erste kodifizierte allgemeine Regel über Einwirkungen auf Nachbargrundstücke ⁸⁾ enthält § 358 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches vom 2. Januar 1863, der folgendermassen lautet: «Dem Eigentümer ist, sofern nicht besondere Gesetze aus Rücksicht auf das allgemeine Beste Ausnahmen bestimmen, nicht erlaubt, auf seinem Grundstücke Vorrichtungen anzubringen, durch welche dem benachbarten Grundstücke zu dessen Nachteile Dampf, Dunst, Rauch, Russ, Kalk oder Kohlenstaub in ungewöhnlicher Weise zugeführt wird» ⁹⁾ ¹⁰⁾. Die

⁵⁾ Gierke II 508; vgl. auch Pütter 71 ff.

⁶⁾ Vgl. u. a. Heusler II 53; Gierke II 353 ff.; Keller 12/13; Mittermaier I 414/15; Brinz I 484. Ueber entsprechende Verhältnisse im alten römischen Recht vgl. Weiss 155/56.

⁷⁾ Mittermaier I 411, 414.

⁸⁾ Ueber frühere, partikularrechtlich begründete, gesetzliche Dienstbarkeiten, die dem Interesse der Nachbarn dienten, vgl. Mittermaier I 474—78. Ueber Gesetzes-Textstellen zur *cautio damni infecti* vgl. Hesse, Rechtsverhältnisse I 180 und zur *actio negatoria* Hesse, Rechtsverhältnisse II 57 ff.

⁹⁾ Zit. nach v. Wittgenstein 14.

¹⁰⁾ Vgl. Keller 15; Planck N 1 zu BGB 906.

württembergische Bauordnung vom 6. Oktober 1872 legte in Art. 62 Bauabstände fest und verbot in Art. 65 Vorrichtungen, durch die gesundheitsgefährliche und ungewöhnlich belästigende oder schädigende Immissionen verursacht werden¹¹⁾). Dementsprechend verbot der bayrische Entwurf in Art. 193 belästigende und gefährdende Immissionen¹²⁾).

Im Gegensatz hiezu enthielt das ALR gleich wie die meisten andern Landesrechte keine allgemeine Bestimmung über das Verbot von Immissionen, sondern nur einige wenige Einzelnormen. In § 26 wurde ausdrücklich jeder Gebrauch des Eigentums als erlaubt erklärt, «durch den weder wohlerworbene Rechte anderer gekränkt noch die in dem Gesetze vorgeschriebenen Schranken verletzt werden». Im Bereich dieser Rechtsordnungen blieb es daher wie in Frankreich der Rechtsprechung überlassen, ohne gesetzliche Grundlage die massgebenden Richtlinien aufzustellen, nachdem eine Regelung dieser Fragen wegen der Entwicklung der Industrie sich immer mehr als unumgänglich erwies. Dementsprechend hat das preussische Obertribunal durch Plenarbeschluss vom 7. Juni 1852 ein Klagerecht gegen Immissionen geschaffen¹³⁾).

II. DIE GRUNDLINIEN DES GELTENDEN RECHTS

1. Der massgebende Eigentumsbegriff^{13a)}

Der Eigentumsbegriff des deutschen Rechts wird durch § 903 BGB umschrieben, der allerdings, wie die entsprechenden Normen anderer Kodifikationen, keine eigentliche Definition gibt. Er erteilt dem Eigentümer die Befugnis, mit seiner Sache im Rahmen der Rechtsordnung nach Belieben zu verfahren und alle andern von jeder Einwirkung auszuschliessen¹⁴⁾). In ähnlicher Weise stützen sich ABGB 354 und 362 grundsätzlich auf die vom römischen Recht aufgestellten Merkmale des Eigentumsrechts: Das freie Verfügungs- und das Ausschliessungsrecht. Es besteht also kein wesentlicher Unterschied gegenüber den Umschreibungen von Cc 544 und ZGB 641¹⁵⁾).

In der deutschen Literatur gab die Bestimmung des Begriffes des Eigentumsrechts zu den ausgedehntesten Diskussionen Anlass, die hier

¹¹⁾ Keller 15/16.

¹²⁾ Keller 16. Vgl. im übrigen Werenberg, JheringsJ. 6, 39; Randa I 105 ff.

¹³⁾ Vgl. Planck N 1 zu BGB 906; Dernburg. bürgerliches Recht 227; Keller 14.

^{13a)} Vgl. zum Eigentumsbegriff im allgemeinen hinten § 7 nach N 156.

¹⁴⁾ Vgl. Schlossmann, JheringsJ. 45, 327/28.

¹⁵⁾ Mages 19; Ehrenzweig I 2, 126; Klang N I 1 zu ABGB 364; Biermann 100; Randa I 115; Keller 22/23; Windscheid/Kipp I 860 und viele andere.

nicht wiedergegeben werden können¹⁶⁾. Dabei wurde die prinzipielle Schrankenlosigkeit des Eigentumsrechts von vielen Autoren angegriffen¹⁷⁾. Schliesslich wurde sogar in der Weimarer Verfassung dem Eigentümer die Pflicht zur Rücksichtnahme auferlegt (Art. 153 III).

2. Die Eigentumsverletzung im allgemeinen

Auch in Deutschland stellte sich das Problem der Rechtswidrigkeit der Störung des einen Eigentümers durch die Eigentumsausübung durch seinen Nachbarn: Schliesst der Satz «neminem laedit qui iure suo utitur» nicht jede Verantwortung des Grundeigentümers für die Folgen der Benützung seines Grundstückes aus?¹⁸⁾ ¹⁹⁾.

Dieses Problem gab aber in Deutschland zu viel weniger Schwierigkeiten Anlass als z. B. in Frankreich, weil die Einwirkungen viel weniger vom Recht des Störers, als vom verletzten Recht des Gestörten aus beurteilt wurden. Im Vordergrund der Betrachtung stand das Ausschlussrecht des beeinträchtigten Grundeigentümers und nicht die Berechtigung des Schädigers auf freie Benützung seines Grundstückes. Da das Eigentum die Abwehr jeder übermässigen Einwirkung erlaubt, galt jede Einwirkung als rechtswidrig²⁰⁾.

Das freie Benutzungsrecht wird daher in der deutschen Literatur nur mit der Einschränkung anerkannt, dass der Grundeigentümer bei seiner Ausübung nicht in rechtswidriger Art und Weise auf fremde Grundstücke einwirke. Ein Verhalten, das als rechtswidrig angesehen werden müsse — wegen Eingriffen in fremdes Eigentum — könne nicht dadurch rechtmässig werden, dass es auf eigenem Grund und Boden ausgeübt werde²¹⁾.

¹⁶⁾ Vgl. Heusler II 47; Pflüger, ArchZivPr. 78, 397; Mosich, JheringsJ. 80, 257/58, 264; Schlossmann, JheringsJ. 45, 314, 338 und die 386—88 zit. Autoren; Randa I 1; Gierke II 364; Mages 37; Bluntschli/Dahn 153; v. Wittgenstein 15; Crome 255; Dernburg, preuss. Privatrecht 508; Ehrenzweig I 2, 126.

¹⁷⁾ Vgl. Werenberg, JheringsJ. 6, 6—8; Hesse, JheringsJ. 6, 385—391; Gierke II 348 N 2; Mages 47; Kraft, GruchBeitr. 60, 393; Dernburg, preuss. Privatrecht 508; Mosich, JheringsJ. 80, 256.

¹⁸⁾ Randa, Schadenersatz 29; RGZ 50, 227/28.

¹⁹⁾ Vgl. ABGB 1305, der aber nur unter Berücksichtigung von ABGB 364 I interpretiert werden darf. Durch diese Bestimmung wird die Schwierigkeit des «Neminem laedit qui iure suo utitur» aufgelöst; vgl. Rensing 39.

²⁰⁾ Vgl. Keller 47.

²¹⁾ Vgl. v. Tuhr III 559; Schlossmann, JheringsJ. 45, 331/32; Pfaff 48; Spangenberg, ArchZivPr. 9, 268, der dann aber doch wieder auf das Kriterium abstellt, ob die störende Tätigkeit eine gewöhnliche oder aussergewöhnliche Benutzung des Grundeigentums darstelle.

3. Mittelbare und unmittelbare Einwirkungen

Auch hier stellt sich die Frage, ob schlechtweg alle Einwirkungen unerlaubt sind, oder nur diejenigen, die gewisse Voraussetzungen erfüllen. Die meisten Autoren unterscheiden dabei zwischen mittelbaren und unmittelbaren Einwirkungen²²⁾.

Eine genaue Bestimmung des Unterschiedes zwischen mittelbaren und unmittelbaren Einwirkungen finden wir in der einschlägigen Literatur ziemlich selten. *v. Wittgenstein*²³⁾ stellt einerseits darauf ab, ob die Einwirkung durch Zwischenursachen (Wind usw.) vermittelt werde, während er an anderer Stelle²⁴⁾ von der Einwirkung von Stoffen spricht, die infolge ihres körperlichen Umfanges direkt zerstörend wirken oder wirken können. *Kuhlenbeck*²⁵⁾ bezeichnet alle Eingriffe, bei denen nur die Folgen der Handlungen auf das Eigentum des Nachbarn einwirken, der Akt des Eingriffes selbst sich aber nicht unmittelbar auf dessen Grund und Boden abspielt, als mittelbar. Im Lehrbuch von *Enneccerus, Kipp und Wolff*²⁶⁾ wird die Zuführung von Flüssigkeiten, sowie von Körpern grösseren Umfanges oder Gewichtes (Insekten, Steinsplitter, Geschosse) zur Gruppe der unmittelbaren Einwirkungen gezählt. Ähnlich erwähnt *Soergel*²⁷⁾ das Eindringen von festen Körpern als unbedingt verboten²⁸⁾.

Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Einwirkungen beruht darauf, dass die unmittelbaren Einwirkungen nach BGB 903 unter allen Umständen rechtswidrig sind²⁹⁾. Die negatorische Klage ist daher bei unmittelbaren Einwirkungen immer gegeben.

Wenn von einem absoluten Eigentumsbegriff ausgegangen wird, liegt der Schluss nahe, dass nicht nur jede unmittelbare, sondern auch jede

²²⁾ Vgl. demgegenüber in neuerer Zeit: Kruse I 348/49.

²³⁾ 43/44.

²⁴⁾ 32.

²⁵⁾ II 507.

²⁶⁾ III 164; vgl. auch Mosich, JheringsJ. 80, 289 ff.

²⁷⁾ N 13 zu BGB 906.

²⁸⁾ Vgl. auch Warneyer N III zu BGB 906.

²⁹⁾ Unger, GrünhutsZ. 13, 718; Riehl, GruchBeitr. 51, 144; Gierke II 421/22; v. Wittgenstein 32; Warneyer N III zu BGB 906; Klang N VI 3 zu ABGB 364; Enneccerus, Kipp und Wolff III 164; Soergel N 13 zu BGB 906; Mosich, JheringsJ. 80, 275; Kuhlenbeck II 508; a.M. Heck, Sachenrecht 220, der auch die Zuführung von grösseren Körpern nach den für die Immissionen massgebenden Gesichtspunkten beurteilen will; vgl. auch Pininski 25, 42.

mittelbare Einwirkung schlechtweg unerlaubt sei, weil auch sie eine Verletzung des Eigentumsrechts darstelle.

Auf dieser Auffassung beruht das BGB. Jede Einwirkung, ob mittelbar oder unmittelbar, ob wesentlich oder unwesentlich, ist auf Grund von BGB 903 an sich rechtswidrig. Da die Konsequenzen dieser starren Haltung mit den Notwendigkeiten des praktischen Lebens aber kaum vereinbart werden können, werden in den folgenden Paragraphen Sondernormen aufgestellt, nach denen der Grundeigentümer bestimmte Einwirkungen auf sein Grundstück dulden muss und die Verursachung dieser Einwirkungen daher dem Nachbarn gestattet ist³⁰⁾. So bestimmt BGB 906, unter welchen Voraussetzungen der Eigentümer³¹⁾ die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch usw. nicht verbieten kann. Im weiteren erteilt BGB 907 dem Eigentümer ein Einspruchsrecht gegen die Erstellung resp. Haltung von Anlagen, von denen unzulässige Einwirkungen zu erwarten sind.

Das BGB gestattet also die mittelbaren Einwirkungen unter bestimmten Voraussetzungen und versagt dann dem Eigentümer die negatorische Klage nach BGB 1004³²⁾. Die gleiche Regelung gilt auch für die Besitzschutzzklagen.

Gegen diese Konstruktion des BGB lässt sich vom Standpunkt der Logik aus wohl kaum etwas einwenden. Dagegen steht sie im Widerspruch zur geschichtlichen Entwicklung; denn durch die Einführung der speziellen Immissionsbestimmungen und durch die der gesetzlichen Regelung vorangehende entsprechende Judikatur wurde nicht eine Duldungspflicht des Gestörten statuiert, sondern dessen Abwehrklage verstärkt. Vor dieser Modifikation stand dem Eigentümer kein Rechtsmittel gegen mittelbare Einwirkungen zur Verfügung³³⁾.

³⁰⁾ Vgl. Mosich, JheringsJ. 80, 273; Staudinger/Kober N 38 zu BGB 906; es kann zwar insofern nicht von einer Duldungspflicht gesprochen werden, als es dem Eigentümer frei steht, durch Massnahmen auf seinem eigenen Grundstück die Einwirkungen tatsächlich zu verhindern. Es stehen ihm nur keine rechtlichen Mittel zur Verfügung, um gegen den Nachbarn vorzugehen und von ihm die Beseitigung der Ursache der Beeinträchtigung zu verlangen; vgl. z. B. Schiffer, ZAkad.d.R. 1936, 1076.

³¹⁾ Die Tatsache, dass BGB 906 nur dem Eigentümer, nicht aber dem beschränkt dinglich Berechtigten eine Duldungspflicht auferlegt, wird von Heck, Gesetzesauslegung 174/75 als Beispiel einer Gesetzeslücke erwähnt.

³²⁾ Vgl. Biermann N 3 zu BGB 906; Staudinger/Kober N 38 zu BGB 906; Planck N 5 zu BGB 906; Klang N VI 3 g zu ABGB 364; Meisner 473.

³³⁾ Vgl. Hesse, JheringsJ. 6, 383/84; Schiffer, ZAkad.d.R. 1936, 1080.

Dies zeigt sich deutlich in der Entwicklung des oesterreichischen Rechts. Ursprünglich enthielt das ABGB — entsprechend den zur Zeit seines Erlasses herrschenden Auffassungen und auch gleich wie der Cc — keine spezielle Norm über Immissionen. Gestützt darauf vertrat damals die herrschende Meinung in Oesterreich den Standpunkt, dass nur die unmittelbaren Einwirkungen rechtswidrig seien³⁴⁾.

Im Laufe des 19. Jahrhunderts wurde auch in Oesterreich als Folge der industriellen Entwicklung und anderer Faktoren der Schutz des Grundeigentümers gegen übermässige mittelbare Immissionen immer unumgänglicher. Während Frankreich aber die Ausgestaltung dieses Schutzes der Praxis der Gerichte überliess, führte Oesterreich am 19. März 1916 in der sog. Novelle III eine Immissionsbestimmung (ABGB 364 II) ein. Damit wurde grundsätzlich der gleiche Rechtszustand herbeigeführt wie in Deutschland und in der Schweiz. Aber schon der Wortlaut von ABGB 364 II zeigt, dass durch diese neue Bestimmung nicht das Ausschliessungsrecht des Eigentümers beschränkt, sondern ihm ein zusätzliches Untersagungsrecht eingeräumt wurde.

4. Die Schadenersatzpflicht für Eigentumsverletzungen

Es war von jeher unbestritten, dass die negatorische Klage kein Verschulden des Störers voraussetzt. Sie steht dem Eigentümer grundsätzlich immer zu, wenn ein rechtswidriger Eingriff in sein Eigentumsrecht stattgefunden hat oder zu befürchten ist³⁵⁾ — sofern nicht ein Sonderatbestand die Anwendung einer Sondernorm verlangt.

Auch der negatorische Anspruch des BGB geht nur auf Beseitigung der Beeinträchtigung und auf Unterlassung³⁶⁾, dagegen nicht auf Schadenersatz³⁷⁾.

Eine unserem Art. 679 ZGB entsprechende Bestimmung kennt weder das deutsche noch das oesterreichische Privatrecht. Judikatur und Li-

³⁴⁾ Randa I 117; a.M. Unger, GrünhutsZ. 13, 721.

³⁵⁾ Vgl. z. B. Klang N III 1 c zu ABGB 523; Heck, Sachenrecht 274; Kuhlenbeck II 552.

³⁶⁾ Der Unterlassungsanspruch ist aus der cautio de non amplius turbando des römischen Rechts hervorgegangen, die schon auf Grund von § 162 des Jüngsten Reichsabschiedes von 1654 für die zum Heiligen Römischen Reich deutscher Nation gehörigen Gebiete durch ein richterliches Verbot ersetzt wurde: vgl. Weiss 216.

³⁷⁾ Biermann N 3 a—c zu BGB 1004; Diehl 27; Soergel N 6 b zu BGB 1004; Staudinger/Kober N 46 zu BGB 906; Crome 427; Meisner 533; Heck, Sachenrecht 274; Kuhlenbeck II 566.

teratur sind sich daher fast ohne Ausnahme einig in der Auffassung, dass bei Verletzung resp. Ueberschreitung des Eigentumsrechts eine Haftpflicht — abgesehen von speziell geregelten Sonderfällen — nur auf Grund der allgemeinen Bestimmungen über die Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen in Frage kommt³⁸⁾. Die Schadenersatzpflicht setzt also ein deliktisches Verschulden voraus. Wo dieses fehlt, kann der Gestörte zwar die negatorische Klage auf Beseitigung und Unterlassung anstrengen; ein Schadenersatzanspruch steht ihm aber nicht zu.

Die für die Anwendbarkeit von BGB 823 und ABGB 1295 notwendige Rechtswidrigkeit ergibt sich aus dem Verstoss gegen die Bestimmungen über das Eigentums- und Nachbarrecht³⁹⁾.

Nur relativ selten finden wir in der nachbarrechtlichen Literatur nähere Angaben über das zur Begründung der Schadenersatzpflicht in diesem Gebiet notwendige Verschulden.

*Riehl*⁴⁰⁾ nimmt ein Verschulden an, wenn der Immittent weiss oder bei gehöriger Ueberlegung wissen muss, dass sein Betrieb übermässige Einwirkungen verursacht und wenn er ihn trotzdem in alter Weise fortsetzt. Er vertritt die Auffassung, dass der Beweis eines solchen Verschuldens in der Regel keine Schwierigkeiten bereiten dürfte. Nach *Roth*⁴¹⁾ muss das Verschulden sich nur auf die Immission, nicht auf den Schaden beziehen, der seinerseits durch die Immission verursacht sein muss. *Soergel*⁴²⁾ verneint ein Verschulden des Störers, wenn man vorher über die Wesentlichkeit der Beeinträchtigung — eine Ermessens-

³⁸⁾ Vgl. Werenberg, JheringsJ. 6, 32; Randa I 129, 138; Hoerle, VerwArch. 10, 391; Riehl, GruchBeitr. 51, 145; Enneccerus, Kipp und Wolff II 768; Biermann N 3 c zu BGB 1004; Gierke II 513 N 22; Mages 53; Staudinger/Kober N 46 zu BGB 906, N 40 zu BGB 1004; Planck N 5 e zu BGB 906; Diehl 43; v. Wittgenstein 85; Spitzer 65; Roth 58; Soergel N 7 d zu BGB 906; Warneier N III zu BGB 903; Klang N VI 3 f zu ABGB 364, N III 4 c zu ABGB 523; Crome 427; Hörig 78; Ludowieg, JW 1908. 705; Dernburg, bürgerliches Recht 231; Heck, Sachenrecht 274; Ehrenzweig I 2, 132; Rothenhäusler 71; Niemeyer, DJT 31 II 42; RGZ 45, 299/300; 58, 131; 60, 140/41; 61, 256; 97, 27; 162, 360. Vgl. aber auch Unger, GrünhutsZ. 13, 729, der die Idee der Kausalhaftung propagiert, ähnlich de lege ferenda Randa I 129. Diese Auffassung wird aber in der österreichischen Theorie und Praxis selten vertreten; vgl. Pfaff 48, 52.

³⁹⁾ Ein Schadenersatzanspruch besteht also — wie in RGZ 139, 33 für den Schadloshaltungsanspruch festgehalten wird — nur für die nach BGB 903 ff. unzulässigen Einwirkungen, sofern sich die Rechtswidrigkeit nicht aus andern Umständen ergibt; vgl. Meisner 541; Schiffer, ZAkad.d.R. 1936, 1076.

⁴⁰⁾ GruchBeitr. 51, 145.

⁴¹⁾ 59; vgl. auch Meisner 543.

⁴²⁾ N 7 d zu BGB 906.

frage — verschiedener Ansicht sein konnte. Massgebendes Kriterium ist für ihn also offenbar die Voraussehbarkeit des Verstosses gegen die §§ 903 ff. BGB durch die Folgen des Verhaltens des Störers. *Dernburg*⁴³⁾ sieht in jeder rechtswidrigen Einwirkung eine Verletzung der allgemeinen Pflicht zur Vermeidung solcher Eingriffe und schliesst daraus, dass in der Regel der besondere Nachweis eines Verschuldens nicht notwendig sei.

Auch nach *Hörig*⁴⁴⁾ muss das Verschulden sich nicht auf den konkreten Schaden, sondern nur auf die Eigentumsverletzung beziehen. Dieser Autor will dann aber auch bei der Prüfung des Verschuldens den Interessen der Allgemeinheit Rechnung tragen. Er stellt sich auf den Standpunkt, dass Einwirkungen, die nach dem Stande der Technik nicht verhindert werden konnten, auch bei Rechtswidrigkeit und deren Voraussehbarkeit nicht als Verschulden zuzurechnen seien, wenn die Einstellung des Betriebes aus allgemeinen Rücksichten als ausgeschlossen zu betrachten sei. Er nimmt damit zu einem Problem Stellung, das namentlich den französischen Juristen viel Kopfzerbrechen bereitet hat. Seine Argumentation vermag aber nicht zu überzeugen, wenn man bedenkt, dass sie nur die Schadenersatzklage, nicht aber den Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch betrifft; denn sie bezieht sich auf das Verschulden und nicht auf die Rechtswidrigkeit.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass alle diese Autoren ein Verschulden annehmen, wenn die rechtswidrige Einwirkung voraussehbar war: die Voraussehbarkeit des Schadens wird nicht verlangt⁴⁵⁾.

Etwas weiter scheint *Klang*⁴⁶⁾ zu gehen, der doch insoweit auf die Vorhersehbarkeit des Schadens abstellen will, als die Einsicht in den Ursachenzusammenhang überhaupt Voraussetzung der Schadenersatzpflicht ist. Diesem Unterschied dürfte aber praktisch nur in ausserordentlichen Fällen Bedeutung zukommen.

Auch das *Reichsgericht* hat sich bei verschiedenen Gelegenheiten über das für diese Haftpflicht notwendige Verschulden näher geäussert. Es hat sich dabei auf den gleichen Standpunkt gestellt wie die Wissenschaft und ein Verschulden angenommen, wenn der Störer den das Eigentum beeinträchtigenden Charakter der von ihm veranlassten Einwirkungen voraussehen konnte. Dementsprechend hat das Reichs-

⁴³⁾ Bürgerliches Recht 231; vgl. dazu die Theorie der nachbarrechtlichen Verpflichtungen von Capitant, hinten § 5 zu N 36 ff.

⁴⁴⁾ 78/79.

⁴⁵⁾ Vgl. Stark 40.

⁴⁶⁾ N VI 3 f zu ABGB 364.

gericht das Verschulden verneint in einem Fall, da auf Reklamation hin Abhelfemassnahmen ergriffen wurden und spätere Reklamationen unterblieben; der Störer habe bei dieser Situation annehmen dürfen, dass keine rechtswidrigen Einwirkungen mehr erfolgten⁴⁷⁾. In einem späteren Fall hat es sich auf den Standpunkt gestellt, dass ein Verschulden schon vorliege, wenn die Einwirkungen eines behördlich genehmigten Betriebes unvermeidbar seien. Diese Einwirkungen müssten den leidenden Persönlichkeiten bewusst werden. Nicht nötig sei namentlich, dass diese die Art der Schädigung vorausgesehen hätten⁴⁸⁾.

5. Die Konstruktion einer Haftpflicht ohne Verschulden

Vereinzelt wurde in Deutschland der interessante Versuch unternommen, auf Grund des BGB eine Haftung des Störers ohne Verschulden zu konstruieren. Die betreffenden Autoren gehen dabei von der Ueberlegung aus, dass dem negatorischen Anspruch auch eine restitutorische Funktion innewohne; die negatorische Klage enthalte auch den Anspruch auf Wiederherstellung desjenigen Zustandes, der vor der beeinträchtigenden Einwirkung bestanden habe⁴⁹⁾.

Auch die Leistung von Schadenersatz ist praktisch aber nichts anderes als ein Mittel zur Wiederherstellung des früheren Zustandes, sodass wir auf diesem Wege schliesslich zu einer Schadenersatzpflicht ohne Verschulden kommen.

So weit will *Linckelmann* — allerdings ohne genügende Begründung — aber nicht gehen. Er betont selbst, dass der negatorische Wiederherstellungsanspruch kein Schadenersatzanspruch sei, sondern nur wie ein solcher funktioniere. Wenn seine Erfüllung unmöglich sei, verwandle er sich daher nicht in einen Anspruch auf Geldersatz. Die Haftung ohne Verschulden höre also dort auf, wo die Wiederherstellung unmöglich werde⁵⁰⁾.

Das *Reichsgericht* hat in Bd. 127 S. 35 die Frage offen gelassen, ob BGB 1004 nur einen Beseitigungsanspruch gegen den *Vor-
g a n g* der Beeinträchtigung gibt oder auch gegen die *W i r k u n g e n*

⁴⁷⁾ RGZ 105, 218; vgl. auch 97, 27.

⁴⁸⁾ RGZ 159, 75.

⁴⁹⁾ Vgl. namentlich *Linckelmann*, JW 1909, 8; ausserdem *Schmidt* 41 ff. und die dort zit. Autoren.

⁵⁰⁾ *Linckelmann*, ArchBürgR. 24, 241; vgl. *Hörig* 48—50; *Roth* 46; *Zitelmann*, NiemeyersZ. 19, 489; *Schmidt* 46, 100 ff.; ausserdem *Dernburg*, preuss. Privatrecht 524; RGZ 51, 411; vgl. im übrigen hinten § 7 zu N 162 ff.

dieses Vorganges. Das Reichsgericht hat mit dieser Formulierung der allerdings offen gelassenen Frage klar umschrieben, worin die geschilderte Auffassung von der herrschenden Meinung abweicht.

Es darf wohl behauptet werden, dass diese restitutorische Funktion des Beseitigungsanspruches von der Mehrzahl der deutschen Autoren verneint wird. Die erwähnte Theorie wird von den meisten Verfassern stillschweigend übergangen und von *Planck* ⁵¹⁾ und namentlich von *Diehl* ⁵²⁾ ausdrücklich abgelehnt. *Zitelmann* ⁵³⁾ wendet sich gegen *Linckelmanns* Theorie mit der Feststellung, dass zwar das Beschädigt-Werden einer Sache durch einen Dritten dem Inhalt des Eigentums widerspricht, nicht aber deren späteres Beschädigt-Sein ^{53a)}. *Meisner* ⁵⁴⁾ betont, dass mit dem Anspruch aus BGB 1004 die Wiederherstellung des früheren Zustandes im Sinne von BGB 249 nicht gefordert werden kann, weder hinsichtlich der Sache, noch hinsichtlich der allgemeinen Vermögenslage.

Einzelne Autoren konstruieren einen Schadenersatzanspruch ohne Verschulden nach den Bestimmungen über den Schuldnerverzug: Wenn der Störer trotz Reklamation den störenden Zustand nicht beseitigt oder die störende Tätigkeit nicht einstellt, so kommt er in Verzug, weil er trotz Mahnung eine Leistung nicht erbringt, zu der er verpflichtet ist. Er haftet daher vom Eintritt des Verzuges an auf Ersatz desjenigen Schadens, der auf die Fortdauer der Beeinträchtigung zurückzuführen ist ⁵⁵⁾ — aber nur für diesen.

III. EINZELFRAGEN

1. Die Aktivlegitimation

Der negatorische Anspruch steht in erster Linie dem Eigentümer des betreffenden Grundstückes zu, da er sich aus dem auf dem Eigentum beruhenden Ausschliessungsrecht ergibt. Häufig werden durch die übermässige Einwirkung auf ein Grundstück aber auch andere Personen in ihren Interessen beeinträchtigt. Die herrschende Meinung gesteht

⁵¹⁾ N 2 b und 4 a zu BGB 1004; vgl. auch Soergel N 6 b zu BGB 1004; v. Tuhr III 471.

⁵²⁾ 27.

⁵³⁾ NiemeyersZ. 19, 489; vgl. auch Niemeyer in DJT 31 II 42.

^{53a)} Diesen wichtigen Unterschied übersieht B. Starck 40 bei der Begründung seiner Garantie-Theorie.

⁵⁴⁾ 533.

⁵⁵⁾ BGB 286 I; vgl. Meisner 540; Riehl, GruchBeitr. 51, 145.

dementsprechend auch den am Grundstück beschränkt dinglich Berechtigten den negatorischen Anspruch zu. Sie haben ein berechtigtes Interesse am Unterbleiben der Einwirkung, soweit ihnen selbst eine Einwirkungsbefugnis zusteht und diese Befugnis durch die unbefugte Einwirkung eines Dritten entwertet wird⁵⁶). Es besteht in dieser Hinsicht kein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem Eigentümer und dem beschränkt dinglich Berechtigten. BGB 1027 (Grunddienstbarkeiten) und 1065 (Niessbrauch) verweisen dementsprechend auf die Rechte des Eigentümers⁵⁷). In ähnlicher Weise steht auf Grund von BGB 1134 dem Grundpfandgläubiger ein Unterlassungsanspruch zu⁵⁸).

Im Gegensatz hiezu können sich die am Grundstück nur obligatorisch Berechtigten nicht auf ein dingliches Ausschliessungsrecht berufen, weshalb ihnen auch kein negatorischer Anspruch zusteht⁵⁹). Sie sind aber im Besitz des fraglichen Grundstückes und können daher die Besitzeschutzklage anstrengen, sofern deren Voraussetzungen gegeben sind. Ausserdem können sie vom Vermieter resp. Verpächter Abhilfe verlangen⁶⁰).

Wenn durch unbefugte Einwirkungen auf ein Grundstück Mobilien eines Dritten, dem kein Recht am Grundstück zusteht, beschädigt werden, stehen diesem Dritten nach der herrschenden Meinung nur die sich aus seinen Rechten an seiner Fahrnis ergebenden Ansprüche zu. Die Tatsache der gleichzeitigen Verletzung des Eigentumsrechts am Grundstück ist für die Auseinandersetzung zwischen Fahrniseigentümer und Schädiger irrelevant⁶¹).

⁵⁶) Monich, JheringsJ. 38, 187; vgl. auch v. Wittgenstein 78; Hoerle, VerwArch. 10, 390; Planck N 5 a zu BGB 906; Roth 36; Warneyer N VI zu BGB 906; Crome 280/81; Hörig 38/39; Dernburg, bürgerliches Recht 229; ders. preuss. Privatrecht 530; Meisner 491; Schmidt 66 ff.; vgl. auch Klang N VI 3 b zu ABGB 364 und N III 2 zu ABGB 523.

⁵⁷) Vgl. Staudinger/Kober N 39 zu BGB 906; Schmidt 66.

⁵⁸) Vgl. Hoerle, VerwArch. 10, 390; Schmidt 68 ff; Monich, JheringsJ. 38, 187; für das österreichische Recht Klang N VI 3 b zu ABGB 364.

⁵⁹) v. Wittgenstein 78; Planck N 5 a zu BGB 906; Spitzer 50; Warneyer N VI zu BGB 535; Klang N VI 3 b zu ABGB 364; Crome 280/81; Dernburg, bürgerliches Recht 229; Meisner 492.

⁶⁰) Vgl. Staudinger/Kober N 39 zu BGB 906; Monich, JheringsJ. 38, 188; Roth 36; Diehl 31; Soergel N 6 zu BGB 906; Warneyer N VI zu BGB 906; Hörig 38/39.

⁶¹) A. M. Dernburg, bürgerliches Recht 229; vgl. auch Heck, Sachenrecht 220 und vorn § 2 zu N 173.

In diesem Zusammenhang ist ein Urteil des Reichsgerichts zu erwähnen, dem folgender Tatbestand zu Grunde lag: Von einer Fabrik waren arsenhaltige Stoffe in ganz geringen Mengen in Form von Rauch und Russ dem Nachbargrundstück zugeführt worden. Das auf den Blumen abgelagerte Arsen führte zu einer Vergiftung von vielen Bienen. Diese gehörten aber nicht dem Eigentümer des beeinträchtigten Grundstückes, sondern Drittpersonen.

Das Reichsgericht hat die Klage dieser Bieneneigentümer gegen den Fabrikhaber abgewiesen mit der Begründung, dass sich der Eigentümer einer beweglichen Sache nicht mit einer Klage gegen fremde Eingriffe in dasjenige Grundstück, auf dem sich die Sache befindet, wenden könne ⁶²⁾).

Da Eigentum und Besitz zu den durch BGB 823 geschützten Rechtsgütern gehören, steht bei deren Beeinträchtigung den gleichen Personen, die die negatorische, resp. die Besitzschutzklage erheben können, ein Schadenersatzanspruch zu, sofern den Störer ein Verschulden trifft ⁶³⁾).

2. Die Passivlegitimation und die Verantwortlichkeit für Dritte

Judikatur und Literatur sind sich einig darüber, dass jedermann, der als Störer auftritt, mit der negatorischen Klage belangt werden kann ⁶⁴⁾. Weitere Voraussetzungen als die Betätigung als Störer — namentlich ein dingliches oder obligatorisches Recht an demjenigen Grundstück, von dem die unerlaubte Einwirkung ausgeht — werden nicht verlangt. Immer wird darauf hingewiesen, dass eine störende Tätigkeit von einem Grundstück aus ohne irgend eine Beziehung zwischen Störer und Grundstück kaum denkbar sei ⁶⁵⁾).

Wenn eine Naturgewalt eine Einwirkung von einem Grundstück auf ein anderes veranlasst, so können die an demjenigen Grundstück Berechtigten, von dem die Einwirkung ausgegangen ist, dafür nicht ver-

⁶²⁾ RGZ 159, 73; vgl. vorn § 2 N 50.

⁶³⁾ Vgl. Planck N 2 b B zu BGB 903; Spitzer 65; Hörig 80.

⁶⁴⁾ Vgl. Staudinger/Kober N 40 zu BGB 906; Planck N 5 b zu BGB 906 und N 3 zu BGB 1004; v. Wittgenstein 79; Roth 38; Soergel N 5 zu BGB 1004; Warneyer N VI zu BGB 906, N II zu BGB 1004; Klang N VI 3 c zu ABGB 364 und N III 3 zu ABGB 523; Crome 425/26; Hörig 43/44; Meisner 492; Schmidt 9.

⁶⁵⁾ Vgl. v. Wittgenstein 80.

antwortlich gemacht werden, es sei denn, dass sie die schädliche Wirkung des Naturereignisses ermöglicht oder gefördert haben ⁶⁶⁾).

Der Begriff des Störers umfasst aber nicht nur den unmittelbaren ⁶⁷⁾ Täter, der die Beeinträchtigung des fremden Eigentums selbst vornimmt. Als Störer wird auch derjenige betrachtet, der die unerlaubten Eingriffe des unmittelbaren Täters veranlasst, begünstigt, ermöglicht oder geduldet hat. Passiv legitimiert für solche Störungen ist namentlich auch der Eigentümer, der dem unmittelbaren Täter das störende Verhalten, z. B. auf Grund des Mietvertrages, untersagen könnte. Wenn er sich im Vertrag dieses Untersagungsrechts begeben hat, wird er aus diesem Grund als passiv legitimiert betrachtet. Der Eigentümer ist auch verantwortlich, wenn die unerlaubte Einwirkung von einer Anlage herkommt, die mit seinem vermieteten oder verpachteten Grundstück fest und dauernd verbunden ist. Als Störer wird ausserdem jedermann betrachtet, mit dessen Willen ein beeinträchtigender Zustand besteht, von dessen Willen seine Beseitigung abhängt, unabhängig davon, wer den Zustand geschaffen hat. Auch der Auftraggeber des unmittelbaren Täters gilt als Störer ⁶⁸⁾ ⁶⁹⁾).

Z u s a m m e n f a s s e n d ist festzuhalten, dass die der herrschenden Meinung entsprechende Passivlegitimation von Drittpersonen, die die störende Tätigkeit nicht selbst ausüben, doch auf dem Gedanken eigener Verantwortung für eigenes Verhalten beruht. Es handelt sich keineswegs um eine eigentliche Verantwortlichkeit für Dritte und deren Tun und Lassen als Repräsentant des Grundstückes ⁷⁰⁾, wie z. B. bei der vertraglichen Haftung des Dienstherrn für das Verhalten seiner Hilfspersonen.

⁶⁶⁾ Meisner 475; Planck N 3 c zu BGB 906, N 2 d zu BGB 1004; Soergel N 4 a zu BGB 906, N 2 b zu BGB 1004; RGZ 127, 34; 149, 210 ff.

⁶⁷⁾ Das Wort «unmittelbar» wird hier nicht im gleichen Sinne gebraucht wie bei der Unterscheidung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Einwirkungen.

⁶⁸⁾ Vgl. Meisner 492; Staudinger/Kober N 40 zu BGB 906; v. Wittgenstein 79; Roth 38; Soergel N 6 c zu BGB 906, N 5 zu BGB 1004; Warnöyner N VI zu BGB 906, N II zu BGB 1004; Klang N VI 3 c zu ABGB 364; Crome 425/26; Höriß 43/44; RGZ 47, 164; 92, 25; 97, 26; 134, 231; 155, 319; 159, 136; 162, 358. Vgl. auch Schmidt 25 ff.

⁶⁹⁾ Demgegenüber will Planck N 3 zu BGB 1004 diese Verantwortlichkeit nur unter bestimmten Umständen anerkennen; vgl. auch Diehl 35/36; Heck, Sachenrecht 273.

⁷⁰⁾ Vgl. Biermann N 2 b zu BGB 1004.

3. Der Staat als Grundeigentümer

In Deutschland herrscht allgemein die Auffassung, dass der Staat als Grundeigentümer dem gleichen Recht untersteht wie der Private. Eine Grenze findet diese Gleichstellung erst, wenn der Staat durch sie in der Ausübung seines Hoheitsrechts behindert wird. Aber auch wenn der Staat Hoheitsrechte ausübt, ist die negatorische Klage möglich, soweit die Einwirkungen mit der Ausübung der Hoheitsrechte nicht notwendigerweise verbunden sind ⁷¹⁾).

4. Die Verjährung

Während ein Teil der Autoren den negatorischen Anspruch gestützt auf BGB 902 als unverjährbar betrachtet ⁷²⁾, vertreten andere die Auffassung, dass die gewöhnliche 30-jährige Frist des BGB zur Anwendung gelange ⁷³⁾).

Demgegenüber ist begreiflicherweise unbestritten, dass der Schadenersatzanspruch der speziellen 3-jährigen Verjährungsfrist für unerlaubte Handlungen unterliegt ⁷⁴⁾).

IV. DER SCHADLOSHALTUNGSANSPRUCH

1. Die Sonderordnung der sog.

«genehmigten Betriebe»

Durch GO 26 und ABGB 364 a wird festgelegt, dass gegen die Inhaber von obrigkeitlich konzessionierten ⁷⁵⁾ Gewerbebetrieben nicht auf Einstellung des Betriebes geklagt werden kann. Mögen die Einwirkungen, die vom betreffenden Betrieb auf die Nachbargrundstücke ausgehen, noch so sehr gegen BGB 903 ff. und ABGB 364 II verstossen, die negatorische Unterlassungsklage steht dem Nachbarn trotzdem nicht zu. Sein negatorischer Anspruch ist auf die Forderung von tunlichen Schutzmassnahmen reduziert. Diese Schutzmassnahmen dürfen aber nicht prak-

⁷¹⁾ Vgl. Staudinger/Kober N 4 und 40 zu BGB 906; Planck N 6 zu BGB 906—924; v. Wittgenstein 97; Soergel N 7 b zu BGB 906; Hörig 86/87; Kraft, GruchBeitr. 60, 271; Diehl 41.

⁷²⁾ Diehl 38; Warneyer N VI zu BGB 906.

⁷³⁾ Staudinger/Kober N 54 zu BGB 906; Roth 66.

⁷⁴⁾ BGB 852; vgl. Riehl, GruchBeitr. 51, 145; Staudinger/Kober N 54 zu BGB 906; Planck N 2 b β zu BGB 903; Roth 66; Warneyer N VI zu BGB 906; Meisner 539.

⁷⁵⁾ Es ist vom Standpunkt dieser Arbeit aus irrelevant, welche Arten von Betrieben einer solchen Genehmigung bedürfen und damit auch ihres Schutzes teilhaftig werden — und unter welchen Bedingungen die Genehmigung erteilt wird. Ueber die Abweichungen des österreichischen Rechts von der in Deutschland geltenden Regelung vgl. Randa I 119; Ehrenzweig I 2, 134/35.

tisch zu einer Einstellung des genehmigten Betriebes führen. z. B. durch eine Unkostenerhöhung, die das Unternehmen seiner Konkurrenzfähigkeit beraubt ⁷⁶⁾); denn der Zweck von GO 26 besteht darin, zu verhüten, dass die Industrie durch BGB 906 gelähmt werde ⁷⁷⁾).

Wenn durch solche Schutzmassnahmen die Einwirkungen nicht wenigstens auf ein zulässiges Mass herabgesetzt werden können, gewähren GO 26 und ABGB 364 a einen sog. Anspruch auf Schadloshaltung, der an die Stelle des Unterlassungsanspruches tritt und kein Verschulden voraussetzt ⁷⁸⁾). Dieser Schadloshaltungsanspruch erweist sich als notwendig, weil die Genehmigung eines Betriebes durch die zuständige Behörde unter polizeilichen Gesichtspunkten erfolgt und das privatrechtliche Verhältnis zu den Anstössern nicht berücksichtigt ⁷⁹⁾).

2. Die Verallgemeinerung dieser Regeln

Der Gesetzgeber und über ihn hinausgehend die Praxis haben den GO 26 und ABGB 364 a zu Grunde liegenden Gedanken auf andere Fälle angewandt und daraus ein allgemeines Prinzip entwickelt. Danach besteht immer ein Schadloshaltungsanspruch, der kein Verschulden voraussetzt, wenn dem beeinträchtigten Grundeigentümer die Unterlassungsklage nicht gewährt wird, weil sie einem anerkannten allgemeinen Interesse widersprechen würde. So gestattet Art. 125 des EG zum BGB die Ausdehnung des Schutzes von GO 26 auf Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnliche Unternehmungen ⁸⁰⁾). Der Schadloshaltungsanspruch besteht aber nicht nur in diesen Spezialfällen, sondern überall, wo der Unterlassungsanspruch aus Gründen des öffentlichen Interesses nicht gewährt wird ⁸¹⁾).

⁷⁶⁾ Vgl. Bauhofer 137/38; Roth 50; Meisner 503.

⁷⁷⁾ Vgl. v. Wittgenstein 87.

⁷⁸⁾ Vgl. Blumer 154 ff.; Bauhofer 137/38; Keller 106/07; Riehl, GruchBeitr. 51, 154; Enneccerus, Kipp und Wolff III 166; Biermann N 3 c zu BGB 1004; Staudinger/Kober N 45 zu BGB 906; v. Wittgenstein 93; Planck N 7 zu BGB 1004; Soergel N 7 a zu BGB 906; Linckelmann, ArchBürgR. 24, 239/40; Diehl 53; Klang N 2 a zu ABGB 364 a; Hörig 73; Ehrenzweig I 2, 135/36; Landmanns/Rohner N 5 zu GO 26; Meisner 505; RGZ 47, 99; 104, 84. A.M. scheint Hoerle, VerwArch. 10, 380 zu sein.

⁷⁹⁾ Werenberg, JheringsJ. 6, 42.

⁸⁰⁾ Meisner 499.

⁸¹⁾ Gierke II 422; Roth 48; Soergel N 7 c zu BGB 906, N 6 b zu BGB 1004; Staudinger/Kober N 47 zu BGB 906, N 41 zu BGB 1004; v. Wittgenstein 97; Planck N 2 b β zu BGB 903; Warneyer N III zu BGB 903, N VI zu BGB 906; Meisner 548; Schmidt 50; RGZ 58, 134; 63, 376; 70, 152; 73, 272; 97, 292; 99, 98 ff.; 101, 104 ff.; 122, 138; 155, 156; 159, 72; 162, 360.

3. Die juristische Konstruktion

Vom Standpunkt dieser Arbeit aus ist namentlich die juristische Konstruktion dieses Anspruches interessant, der zur Unterscheidung vom deliktischen Schadenersatzanspruch als Schadloshaltungsanspruch bezeichnet wird — eine Terminologie, die mir glücklich zu sein scheint⁸²⁾.

*Rothenhäusler*⁸³⁾ spricht zu allgemein von einem Ausgleich unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit. Häufig trifft man den Hinweis, dass der Schadloshaltungsanspruch nicht deliktischer Natur sei⁸⁴⁾. Mit dieser Anschauung ist die Brücke geschlagen zur Feststellung, dass dieser Anspruch einen eigentlichen Ausgleichsanspruch für einen durch das öffentliche Recht gerechtfertigten Eingriff in die private Interessensphäre — das Eigentum — einer Einzelperson darstellt⁸⁵⁾. Es handelt sich also grundsätzlich um die gleiche Situation wie bei der Enteignung⁸⁶⁾ 87).

Für die Erkenntnis der juristischen Natur des Schadloshaltungsanspruches kommt der Frage Bedeutung zu, ob er einen rechtswidrigen Eingriff voraussetze oder nicht.

Wenn wir in der Literatur diese Frage diametral verschieden beantwortet finden, dürfte dies darauf beruhen, dass unsere Ausdrucksweise trotz allen Bemühens nie ganz exakt ist. Man kann in der Tat den Standpunkt vertreten, dass auch der Schadloshaltungsanspruch einen rechtswidrigen Eingriff voraussetze, denn sonst wäre auch kein Unterlassungsanspruch gegeben gewesen, an dessen Stelle der Schadloshaltungsanspruch hätte treten können⁸⁹⁾.

⁸²⁾ Der Ausdruck «Schadloshaltung» wird allerdings z. B. in ABGB 1323 in anderem Sinne gebraucht.

⁸³⁾ 73.

⁸⁴⁾ Vgl. Riehl, GruchBeitr. 51, 154; Enneccerus, Kipp und Wolff III 166; v. Wittgenstein 91; Diehl 53; Klang N 3 a zu ABGB 364 a; RGZ 138, 329.

⁸⁵⁾ Enneccerus, Kipp und Wolff III 166; Planck N 7 zu BGB 1004; Klang N 3 a zu ABGB 364 a; Hörig 73; Meisner 505/06.

⁸⁶⁾ Diehl 54; Landmanns/Rohner N 5 zu GO 26; Riehl, GruchBeitr. 51, 154; RGZ 104, 84.

⁸⁷⁾ Im Gegensatz zu dieser wohl als herrschend zu bezeichnenden Meinung sprechen v. Tuhr III 474 und Meisner 548/49, sowie 555 von einer Gefährdungshaftung. Gegen diese Konstruktion spricht der Umstand, dass hier die Haftung nicht an die Auswirkung einer besonderen Gefahr im Sinne der Gefährdungshaftungen geknüpft wird, wie Meisner dies behauptet. Auch ZGB 679 wird von einzelnen Autoren als Gefährdungshaftung aufgefasst, vgl. vorn § 2 N 163 und hinten § 8 vor N 68.

⁸⁹⁾ Vgl. RGZ 159, 75.

Umgekehrt kann aber auch argumentiert werden, dass wegen der Genehmigung des Betriebes die Rechtswidrigkeit entfalle und damit auch der Unterlassungsanspruch; sonst würde das öffentliche Recht einen rechtswidrigen Zustand davor schützen, beseitigt zu werden⁹⁰⁾.

Die Lösung dieses Gegensatzes dürfte in der Ueberlegung bestehen, dass ein der Privatrechtsordnung widersprechender Vorgang vorliegen muss, ansonst kein Schadloshaltungsanspruch bestehen würde; denn dieser setzt ja voraus, dass auf Grund des Privatrechts allein ein Unterlassungsanspruch gegeben wäre. Der Eingriff wird aber vom öffentlichen Recht gebilligt, sodass die Schadloshaltung als eine Entschädigung für einen — auf Grund des öffentlichen Rechtes — rechtmässigen Eingriff in an sich rechtlich geschützte private Interessen erscheint⁹¹⁾.

4. Die Abgrenzung vom Schadenersatzanspruch

Das Kriterium für die Abgrenzung ist im zeitlichen Moment zu suchen. Da der Unterlassungsanspruch sich naturgemäss nur auf in der Zukunft eintretende Beeinträchtigungen beziehen kann, liegt der Schluss nahe, dass auch der Schadloshaltungsanspruch, der an seine Stelle tritt, nur zukünftige Schädigungen betrifft. Danach haftet der Störer auch bei genehmigten Betrieben für bereits eingetretene Schäden nur nach BGB 823, dh. nur bei Verschulden⁹²⁾.

Verschiedene Autoren nehmen den gegenteiligen Standpunkt ein und gewähren den Schadloshaltungsanspruch auch für im Zeitpunkt der Klageerhebung in der Vergangenheit liegende Schäden⁹³⁾. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist in bezug auf diesen Punkt als schwankend zu bezeichnen^{94) 95)}.

⁹⁰⁾ Rothenhäusler 73; Randa I 125; Unger, GrünhutsZ. 13, 727; Klang N 3 a zu ABGB 364 a; RGZ 122, 138.

⁹¹⁾ Vgl. Unger, GrünhutsZ. 13, 729; v. Wittgenstein 93; Klang N 3 a zu ABGB 364 a.

⁹²⁾ v. Wittgenstein 91; Linckelmann, ArchBürgR. 24, 240/41; Warneier N VI zu BGB 906; Dernburg, preuss. Privatrecht 524.

⁹³⁾ Soergel N 7 a zu BGB 906; Planck N 2 b β zu BGB 903; Schmidt 50.

⁹⁴⁾ Landmanns/Rohner N 5 zu GO 26; Planck N 2 b β zu BGB 903; Meisner 549 ff.; vgl. auch RGZ 104, 86; 105, 214; 127, 29; 139, 36.

⁹⁵⁾ Aus dieser Gegenüberstellung von Schadenersatz- und Schadloshaltungsanspruch ergibt sich, dass die Klage auf Schadloshaltung richtigerweise schon vor Eintritt des Schadens anzuheben ist und auf Ersatz des zukünftigen Schadens zu lauten hat. Trotzdem liegen nicht die gleichen Verhältnisse vor wie bei der cautio damni infecti, die sich gegen auch durch das öffentliche Recht nicht gebilligten Schaden richtet.

Die beiden Ansprüche unterscheiden sich voneinander aber auch dadurch, dass die Regeln des Deliktsrechts auf den Schadloshaltungsanspruch z. T. keine Anwendung finden:

Während die dreijährige Verjährungsfrist von BGB 852 nach verschiedenen Autoren auch für die Verjährung des Schadloshaltungsanspruches massgebend ist ⁹⁶⁾, vertreten andere die Auffassung, der Schadloshaltungsanspruch unterliege der gleichen Verjährung wie der Unterlassungsanspruch ⁹⁷⁾.

Mehrere Störer haften hier im Gegensatz zum Deliktsrecht nicht gesamtschuldnerisch, sondern jeder nur für die auf ihn entfallende Quote ⁹⁸⁾. Dagegen findet BGB 254 auch auf den Schadloshaltungsanspruch Anwendung, dh. der Geschädigte muss sich auch in diesem Gebiet sein eigenes Verhalten als Reduktionsgrund entgegenhalten lassen ⁹⁹⁾.

Als aktiv legitimiert werden nicht nur der Eigentümer und der beschränkt dinglich Berechtigte, sondern auch der Besitzer (Mieter oder Pächter) betrachtet ¹⁰⁰⁾.

In bezug auf die Passivlegitimation erhebt sich die Frage, ob nur der Inhaber der behördlichen Genehmigung zum Betriebe des betreffenden Gewerbes oder jeder Störer dem Schadloshaltungsanspruch unterliege. Das Reichsgericht hat in Anlehnung an die Regelung bei der negatorischen Klage nicht nur den Inhaber der Genehmigung als zur Schadloshaltung verpflichtet angesehen ¹⁰¹⁾. Diese Auffassung ist aber nicht unbestritten ¹⁰²⁾.

⁹⁶⁾ Vgl. Enneccerus, Kipp und Wolff III 166; Soergel N 7 a zu BGB 906; Staudinger/Kober N 54 zu BGB 906; Warneyer N VI zu BGB 906; Landmanns/Rohner N 5 zu GO 26; Klang N 3 d zu ABGB 364 a; RGZ 70, 157.

⁹⁷⁾ Riehl, GruchBeitr. 51, 154; Diehl 55; Roth 66; Meisner 512.

⁹⁸⁾ Enneccerus, Kipp und Wolff III 166; Diehl 55.

⁹⁹⁾ RGZ 138, 329.

¹⁰⁰⁾ Hoerle, VerwArch. 10, 379; Staudinger/Kober N 47 zu BGB 906; Planck N 2 b β zu BGB 903; Soergel N 7 a zu BGB 906; RGZ 100, 69 ff.; 105, 214; 154, 162.

¹⁰¹⁾ RGZ 155, 319.

¹⁰²⁾ Vgl. Soergel N 7 c zu BGB 906.

§ 5. Das französische Recht¹⁾

I. DIE WICHTIGSTEN POSITIVEN RECHTSGRUNDLAGEN

Die Entwicklung in Frankreich bietet für das Studium des Wesens der Grundeigentümerhaftpflicht besonderes Interesse²⁾, da der Cc, der in diesem Gebiet bis heute überhaupt nicht ergänzt worden ist³⁾, nicht nur keine dem Art. 679 ZGB, sondern auch keine ZGB 684, BGB 906 und ABGB 364 II entsprechende Bestimmung enthält. Der Cc, der 1804 erlassen worden ist, basiert selbstverständlich auf den damals herrschenden Verhältnissen. Erst nach seinem Erlass setzte aber die bereits mehrmals erwähnte industrielle Entwicklung ein, die die gegenseitigen Einwirkungen auf die Grundstücke der Nachbarn in vorher unvorstellbarem Masse vermehrte und untereinander verschieden gestaltete. Das Problem der Ueberschreitungen des Grundeigentumsrechts hat selbstverständlich immer bestanden; es hat sich aber im 19. Jahrhundert infolge der damaligen Gestaltung des Wirtschaftslebens in den meisten Staaten West- und Mitteleuropas stark zugespitzt⁴⁾.

Ein hervorragender französischer Autor, *Georges Ripert*, hat die Meinung vertreten, dass das System des Cc einer primitiven Gesellschaft mit einheitlicher Ausnützung des Bodens und gegenseitig gleichmässigen und gleichartigen Einwirkungen genügen könnte, nicht aber unter den Verhältnissen des modernen Frankreich⁵⁾.

Der Cc enthält in Art. 637 ff. eine ganze Reihe von Bestimmungen über die Einschränkungen des Grundeigentumsrechts gegenüber den Nachbarn und gegenüber der Oeffentlichkeit⁶⁾. Diese nachbarrechtlichen Normen können z. T. in der Rechtsgeschichte bis sehr weit zurück verfolgt werden und entsprechen ungefähr den speziellen Bestimmungen des Nachbarrechts unseres ZGB⁷⁾.

Wenn gegen diese nachbarrechtlichen Normen verstossen wird, bieten sie nach der französischen Praxis die Grundlage für eine Verurteilung des Schädigers, sei es zu Schadenersatz, sei es zu geeigneten Vorkehrungen oder zu einem Unterlassen der fraglichen Tätigkeit, die zur Schädigung

1) Vgl. die zusammenfassenden Darstellungen bei Blumer 158 ff.; Bauhofer 156 ff.; Keller 23 ff.

2) Haab N 1 zu ZGB 679.

3) Ueber die Bestrebungen, den Cc einer Generalrevision zu unterziehen, vgl. Otfinger, SJZ 44, 307 ff.; Planiol/Ripert I N 107; v. Büren, SJZ 47, 282/83.

4) Vgl. Planiol/Ripert I N 3054; Mazeaud I N 622; Kuhlenbeck II 505/06.

5) Ripert, *droit de propriété* 224.

6) Vgl. Blumer 139.

7) Vgl. ZGB 685 ff.

gung geführt hat. Die Verurteilung zu Schadenersatz erfolgt jeweils auf Grund des unserem Art. 41 OR entsprechenden Art. 1382 Cc, weil der Verstoss gegen die betreffenden nachbarrechtlichen Bestimmungen als Verschulden betrachtet wird⁸⁾).

II. DIE STELLUNGNAHME DER GERICHTE ZU DEN EINWIRKUNGEN

Wie bereits erwähnt, brachte auch in Frankreich namentlich die industrielle Tätigkeit viele Schädigungen der Nachbarn mit sich, die keine Verstösse gegen die speziellen Normen des Nachbarrechts darstellten. Obschon der Cc keine unserem Art. 684 ZGB entsprechende Bestimmung enthält, fand die französische Praxis bald den Weg, den in andern Staaten zuerst ebenfalls die Gerichte^{8a)} und nachher auch die Gesetzgeber beschritten haben: Sie bezeichnete die mittelbaren Einwirkungen unter bestimmten Voraussetzungen als Verletzungen des Eigentumsrechts und stellte sie damit — sofern diese Voraussetzungen gegeben waren — den unmittelbaren gleich. Dementsprechend wandte die Rechtsprechung auch hier Cc 1382 an und gelangte gestützt darauf zur Verurteilung der Grundeigentümer, die ihre Nachbarn durch den Rauch aus ihren Fabriken, den Lärm aus ihren Werkstätten oder die unangenehmen Gerüche aus ihren Laboratorien in übermässiger Art und Weise gestört und geschädigt hatten. Dabei stossen wir in den Urteilen immer wieder auf die eine Formel, auf die abgestellt wird: «Réparation est due quand le dommage excède la mesure des obligations ordinaires du voisinage»⁹⁾).

*Lalou*¹⁰⁾ und andere Autoren erwähnen in ihrer Darstellung unzählige Tatbestände der sehr reichhaltigen französischen Judikatur über die sog. «troubles de voisinage», eine Kasuistik, auf die hier nicht näher eingetreten werden kann; denn die in diesen Urteilen immer wieder gesuchte Abgrenzung zwischen erlaubten und unerlaubten mittelbaren Einwirkungen liegt nur am Rande unseres Themas. Erwähnt sei nur, dass sogar der Betrieb eines Spitals für an offener Tuberkulose erkrankte Personen¹¹⁾ und die Duldung wilder Tiere in übermässiger An-

⁸⁾ Savatier I N 81.

^{8a)} Vgl. vorn § 4 zu N 13.

⁹⁾ Mazeaud I N 598; vgl. Lalou N 944; Planiol, Rev. crit. 1906, 84; Leyat 120, 123; Stefani 95; Prax 57 und die systematische Ordnung der Praxis bei B. Starck 163 ff.

¹⁰⁾ N 944 bis und 946 ff.

¹¹⁾ Mazeaud I N 598; Savatier I N 75.

zahl¹²⁾ zur Gutheissung der Klage führten, während die Ansprüche gegen einen Besitzer von Platanen, deren Laub auf die Dächer der Nachbarn fiel, abgewiesen wurden¹³⁾.

Einzelne Einwirkungs-Tatbestände sind, nachdem die Rechtsprechung die Frage der Rechtswidrigkeit bereits bejaht hatte, durch Sondergesetze geregelt worden, so z. B. die Störungen des Radioempfanges durch elektrische Apparate¹⁵⁾ und die Verbreitung von Rauch, Russ und Staub durch Fabriken¹⁶⁾.

III. DIE THEORETISCHE BEGRÜNDUNG DIESER PRAXIS

1. Das Problem

Die erwähnte Praxis, die sich im Laufe von fast 11½ Jahrhunderten immer mehr gefestigt hat, hat den Rechtstheoretikern erhebliche Schwierigkeiten bereitet¹⁷⁾. Die Gerichte fassten ihre Entscheidungen auf Grund ihres praktischen Rechtsempfindens, im Bestreben, eine im konkreten Fall als soziale Notwendigkeit empfundene Schadensverteilung Wirklichkeit werden zu lassen¹⁸⁾. Sie kümmerten sich dabei relativ wenig um die Schwierigkeiten der Wissenschaft, die sich abmühte, eine hieb- und stichfeste Konstruktion zu finden, die geeignet gewesen wäre, die Entscheidungen der Gerichte aus der geltenden kodifizierten Rechtsordnung abzuleiten.

Diese Schwierigkeiten beruhen auf folgenden Ueberlegungen: Nach der bei Erlass des Cc herrschenden, auf dem römischen Recht basierenden Lehre, die sich auf die individualistische Auffassung der Aufklärung und der französischen Revolution stützte, wurde das Eigentum wie auch in andern Rechtsgebieten grundsätzlich als absolutes, subjektives Recht aufgefasst und in Cc 544 auch entsprechend umschrieben. Ausgangspunkt der Entwicklung war also auch hier ein Eigentumsrecht, das überall dort als unbegrenzt betrachtet wurde, wo die Rechtsordnung

12) Vgl. Savatier I N 77; Capitant, Rev. crit. 1900, 179; Prax 65.

13) Vgl. Savatier I N 76; Demogue, Rev. trim. 1936, 354; vgl. dazu vorn § 2 Abschn. IV Beispiel 1.

15) Vgl. Lalou N 944bis; Savatier I N 83; Mazeaud I N 598.

16) Vgl. Lalou N 948 Anm. 1.

17) Vgl. Blumer 150 ff.; B. Starck 161.

18) Vgl. B. Starck 8.

keine entgegenstehenden speziellen Verbotsnormen aufstellte¹⁹⁾. Wie sollte der Eigentümer aber für Schädigungen verantwortlich gemacht werden können, die er in Ausübung seines Eigentumsrechts verursacht hatte²⁰⁾? Dies hätte gegen den immer wieder zit. römisch-rechtlichen Grundsatz verstossen: «Neminem laedit qui iure suo utitur»²¹⁾.

Es handelt sich hier um die Begründung der Rechtswidrigkeit der nachbarlichen Schädigung. Diese Frage verursachte in Frankreich viel Kopfzerbrechen, weil man sie hier vornehmlich vom Standpunkt des sein mehr oder weniger absolutes Eigentumsrecht ausübenden Störers und nicht vom Standpunkt des beeinträchtigten Nachbarn aus betrachtete. In dieser Hinsicht unterscheidet sich die französische Jurisprudenz wesentlich von der deutschen.

Die Begründung der Rechtswidrigkeit stellt die eine Schwierigkeit der französischen Rechtswissenschaft auf diesem Gebiete dar. Die andere besteht in der Tatsache, dass die Gerichte ihre Urteile je und je zwar formell auf Cc 1382 stützten, dass in den betreffenden Tatbeständen bei objektiver Beurteilung aber vielfach ein Verschulden kaum gefunden werden kann, dies namentlich, wenn sie als Rechtsausübung zu qualifizieren sind.

Die französische Rechtswissenschaft ist aber viel zu wirklichkeitsnah, als dass die sich auf die Rechtswidrigkeit und das Verschulden beziehenden, dem Rechtsempfinden widersprechenden theoretischen Ueberlegungen sich hätten durchsetzen und behaupten können. Ihr Streben ging und geht vielmehr dahin, die angedeuteten theoretischen Schwierigkeiten zu überwinden und einen Anspruch auf Schadenersatz auch dann zu begründen, wenn das schädigende Verhalten eine Ausübung des dem Schädiger zustehenden Grundeigentumsrechts im Sinne der erwähnten Auffassung darstellt^{21a)}. So hat sich immer mehr die Auffassung durch-

¹⁹⁾ Vgl. Planiol/Ripert I N 2703 und namentlich N 2715 ff.; Ripert, *droit de propriété* 128/29; Capitant, *Rev. crit.* 1900, 163; Blumer 132; Keller 24; Haab N 4 zu ZGB 679; ausserdem vorn § 3 Abschn. I und § 4 Abschn. II 1. Gegen den absoluten Charakter des Eigentumsrechts haben sich ausgesprochen: Lalou N 942; Schlumberger 127; Stefani 84; Ripert, *droit de propriété* 295 ff. (im Gegensatz zur Darstellung der herrschenden Meinung an der oben zit. Stelle). Nach B. Starck 178 steht dem Grundeigentümer kein Unterlassungsanspruch gegen unverschuldete Immissionen zu.

²⁰⁾ Vgl. z. B. Capitant, *Rev. crit.* 1900, 168; Ripert, *droit de propriété* 222; Blumer 136 und 159. Nach B. Starck 153 haben «activité licite» und «dommage licite» nicht die gleiche Bedeutung, vgl. auch S. 174.

²¹⁾ Vgl. dazu im schweizerischen Recht Huber, *Erläuterungen* II 35; vgl. ausserdem vorn § 3 zu N 41 ff., § 4 Abschn. II 2.

^{21a)} Vgl. dazu Rensing 42.

gesetzt, dass das absolute Eigentumsrecht den Schädiger nicht rundweg davor schützen darf, dass sein Verhalten in Ausübung dieses Rechts als «faute» qualifiziert werde, wobei sich der Begriff der «faute» des französischen Rechts aber nicht mit unserem Verschuldensbegriff im Sinne von OR 41 deckt ²²⁾).

Schliesslich erhob sich auch in Frankreich wie in Deutschland und Oesterreich die Frage, ob eine die Nachbarn beeinträchtigende Tätigkeit auch zu unterbinden sei, wenn ihr vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus eine grosse Bedeutung zukomme. Würde durch eine solche Rechtsordnung nicht die Entwicklung der Industrie unterbunden? Während dieses Problem aber in Deutschland und Oesterreich durch das öffentliche Recht geregelt wurde, versuchte die französische Rechtswissenschaft, auch diese Ueberlegungen in ihren privatrechtlichen Theorien neben den Gesichtspunkten der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens zu berücksichtigen.

2. Die Theorie des Rechtsmissbrauchs

Als «fautif» wird in Frankreich in erster Linie dasjenige Verhalten eines Grundeigentümers betrachtet, das zu einer Schädigung der Nachbarn führt, die ohne Vernachlässigung seiner Interessen hätte vermieden werden können.

Hier ist vor allem die absichtliche und durch kein Interesse des Störers gerechtfertigte Schädigung des Nachbarn durch eine bestimmte Art der Ausübung des Eigentumsrechts zu erwähnen. In diese Gruppe gehört z. B. die Errichtung einer Mauer oder die Pflanzung von Bäumen mit dem einzigen Zweck, den Ausblick vom Nachbarhaus aus zu beeinträchtigen. Die Theorie nimmt an, dass in einem solchen Verhalten ein Missbrauch des Eigentumsrechts liege, der keinen Rechtsschutz verdiene ²³⁾.

²²⁾ In unserer Terminologie werden das Verschulden (Absicht oder Fahrlässigkeit) und die Widerrechtlichkeit im allgemeinen als zwei verschiedene, auf gleicher Stufe nebeneinander stehende Voraussetzungen des Schadenersatzanspruches auf Grund von OR 41 bezeichnet, während der Begriff der «faute» des französischen Rechts die Widerrechtlichkeit einschliesst. Die «faute» wird als Verletzung einer sich aus der Rechtsordnung ergebenden Verpflichtung aufgefasst. Vgl. dazu Planiol/Ripert II N 947 ff.; Lalou N 394; Mazeaud I N 380 ff.; Savatier I N 4 ff.; Stefani '31/32; Planiol, Rev. crit. 1905, 286 ff.; Rutsaert 9; Leroy 248; Richard 312, 316 ff.; Specker 13; Känzig 128/29; Blumer 159, 200; Bauhofer 157/58; Petitpierre, ZSR 49, 65a; Oftinger, rapport 263/64.

B. Starck 32/33 betont, dass das subjektive Moment sogar häufig weggelassen werde, sodass nur noch das «élément matériel», die Rechtswidrigkeit, übrig bleibe.

²³⁾ Vgl. Leroy 220; Mazeaud I N 563 ff.; Lalou N 856 ff.; Prax 118; Josserand 21/22; Ripert, règle morale 182.

Eine «faute» in diesem Sinne wird von den meisten Autoren aber nicht nur in der Ausübung des Eigentumsrechts mit dem alleinigen oder auch nicht alleinigen Zweck der Schädigung eines Dritten gesehen. Die Mehrzahl der Juristen geht weiter und erachtet die Ausübung des Eigentumsrechts auch dann als schuldhaft im Sinne der französischen Terminologie, wenn der Eigentümer zwar ein legitimes Interesse verfolgt, aber ohne Beeinträchtigung dieses Interesses den Schaden hätte verhüten können. In diese Gruppe gehören die Fälle der fahrlässigen Schädigung. Auch hier wird die Verantwortlichkeit aus Cc 1382 abgeleitet, obschon der Schaden bei der Ausübung eines Rechts zugefügt worden ist. Zur Ueberwindung dieser Schwierigkeit wird häufig wieder die Theorie des Rechtsmissbrauchs herangezogen ²⁴⁾).

Diese Theorie des Rechtsmissbrauchs vermag aber doch nicht völlig zu überzeugen. *Ripert* ²⁵⁾ greift sie unter Hinweis auf *Planiol* und andere Autoren an mit der Feststellung, dass das Recht dort aufhört, wo der Missbrauch beginnt. Er betont, dass es keinen Rechtsmissbrauch in diesem Sinne, dh. als Grundlage für eine Schadenersatzforderung, geben könne, weil ein bestimmtes Verhalten nicht gleichzeitig ein und demselben Recht entsprechen und widersprechen könne ²⁶⁾. Damit kommt *Ripert* zum Schluss, dass die Theorie des Rechtsmissbrauchs mit der absoluten Auffassung des Eigentumsrechts, mit der sie die Praxis der Gerichte in Einklang bringen sollte, im Widerspruch steht. Dies führt ihn dann zur Ablehnung des absoluten Eigentumsbegriffs und — wenigstens in bezug auf die Rechtswidrigkeit — auf den in der Schweiz, in Deutschland und in Oesterreich eingeschlagenen Weg.

3. Andere Lösungsversuche

Noch grösseren Schwierigkeiten rufen jene Fälle, bei denen die Schädigung mit der vom Grundeigentümer ausgeübten Tätigkeit, die an sich erlaubt und auch sozial nützlich ist, unvermeidbar zusammenhängt. Man denke dabei an die vielen Einflüsse von industriellen Betrieben auf die Nachbargrundstücke, die auch mit der grössten Sorgfalt und den neuesten technischen Einrichtungen nicht vermieden werden können. Auch in diesen Fällen hat die Rechtsprechung gestützt auf Cc 1382 den fraglichen Grundeigentümer als haftbar erklärt für die von ihm verursach-

²⁴⁾ Vgl. Mazeaud I N 568 ff.; Lalou N 911 ff.; Capitant, Rev. crit. 1900, 234; Blumer 162 u. a.

²⁵⁾ règle morale 171; vgl. auch ders., droit de propriété 255.

²⁶⁾ Vgl. Stefani 43; Schlumberger 127; Leyat 118.

ten «troubles de voisinage», wobei man sich allerdings namentlich hier häufig des Eindruckes nicht erwehren kann, dass dem Begriff der «faute»²⁷⁾ Gewalt angetan werde²⁸⁾).

Es ist hier noch zu berücksichtigen, dass der Richter in den Fällen absichtlicher oder fahrlässiger, vermeidbarer Schädigung die betreffende Tätigkeit untersagen resp. den Störer verpflichten kann, in Zukunft dafür zu sorgen, dass keine Schädigungen mehr vorkommen²⁹⁾. Bei unvermeidbaren Folgen einer sozial nützlichen Ausübung des Eigentumsrechts kann ein solches Verbot der Weiterführung der betreffenden Tätigkeit — das hier mangels geeigneter Schutzmassnahmen gegen die Einwirkungen allein in Frage kommt — aber als volkswirtschaftlich anfechtbarer richterlicher Eingriff erscheinen³⁰⁾, der auf alle Fälle dann unzulässig ist, wenn die schädigende Tätigkeit auf Grund einer Bewilligung einer Verwaltungsbehörde ausgeübt wird³¹⁾.

Es handelt sich hier um dasjenige Problem, das in Deutschland durch GO 26 und in Oesterreich durch ABGB 364 a, dh. durch die Einführung des Schadloshaltungsanspruches, gelöst wurde, während es in Frankreich wie in der Schweiz der Praxis überlassen wurde, im Einzelfall den richtigen Weg zu finden, ohne dass der Gesetzgeber einen Ausgleichsanspruch für rechtmässig zugefügten Schaden gewährt hätte.

In der französischen Literatur finden wir u. a. folgende Versuche einer juristischen Konstruktion der von den Gerichten anerkannten Schadenersatzpflicht.

a) *Die Theorie der «obligations de voisinage»:* Auf die Idee des Bestehens besonderer rechtlicher Verpflichtungen unter Nachbarn weist schon die von den Gerichten immer wieder verwendete, bereits erwähnte Formel der «mesure des obligations ordinaires du voisinage» hin, deren Ueberschreitung von den Gerichten einfach als «faute» betrachtet wird³²⁾. Die Theorie von den nachbarrechtlichen Verpflichtungen ver-

²⁷⁾ Vgl. vorne N 22.

²⁸⁾ Vgl. Capitant, Rev. crit. 1900, 187; Prax 102 ff.; Ripert, droit de propriété 325; Stefani 6/7; Rutsaert 43; Bauhofer 151; Keller 26; B. Starck 8/9. C. Chr. Burckhardt, ZSR 22, 522 erwähnt, dass die Franzosen nie um eine «faute» verlegen seien, ein Vorwurf, der nach Cochand 24 aber nicht nur die französischen Juristen trifft.

²⁹⁾ Vgl. Mazeaud I N 610; Savatier I N 79.

³⁰⁾ Vgl. Prax 121, 187; Ripert, droit de propriété 320; Rutsaert 44/45.

³¹⁾ Vgl. Savatier I N 79; Mazeaud I N 607; Blumer 156.

³²⁾ Appert, Rev. trim. 1906, 79; Leyat 155; Rutsaert 46.

sucht nun, die Problematik der Anwendung des deliktischen Verschuldensbegriffes auf die Fälle der mit einer nützlichen Tätigkeit zwangsläufig verbundenen Schädigungen zu überwinden ³³⁾).

Dabei wird davon ausgegangen, dass Nachbarn, die hier als Schädiger und Geschädigte in Frage kommen, nicht im gleichen Sinne Dritte sind wie Schädiger und Geschädigter bei einer unerlaubten Handlung im technischen Sinn des Wortes. Sie sind den gegenseitigen Einwirkungen ständig ausgesetzt und können ihnen nicht ausweichen ³⁴⁾). Diese Einwirkungen sind vielfach von unbestimmter, langer Dauer und häufig erst wegen dieses Andauerns schädigend ³⁵⁾). Es handelt sich hier um tatsächliche Verhältnisse, aus denen die rechtlichen Konsequenzen zu ziehen sind ³⁶⁾). Die Nachbarn bilden untereinander eine durch diese tatsächlichen Verhältnisse erzwungene Gemeinschaft, die ihre eigenen Verhaltensmassregeln entwickelt. Sie sind aufeinander angewiesen.

Ausgehend von diesen Ueberlegungen hat *Capitant* seine berühmte Theorie entwickelt, wonach zwischen Nachbarn gestützt auf den Tatbestand der Nachbarschaft rechtliche Verpflichtungen bestehen, die ihrem Wesen nach obligatorischen Verpflichtungen entsprechen ³⁷⁾). Ein Teil dieser Verpflichtungen ist im eigentlichen Nachbarrecht, dh. in Cc 652 ff. festgelegt. Darüber hinaus schliesst *Capitant* aus Cc 651 und Cc 1370 auf ein allgemeines Prinzip nachbarrechtlicher Verpflichtungen, wobei das besondere Nachbarrecht nach seiner Auffassung nur eine spezielle Anwendung dieses allgemeinen Prinzips darstellt ³⁸⁾).

In der Verletzung dieser nachbarrechtlichen Verpflichtungen sieht *Capitant* keine unerlaubte Handlung im Sinne von Cc 1382 ff., dh. keinen Verstoss gegen die jedermann obliegende allgemeine Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber jedermann. Wegen der vertragsähnlichen Natur der «obligations de voisinage» verpflichtet hier aber der Verstoss als solcher zu Schadenersatz, sofern sich der Schädiger nicht gemäss Cc 1147 exkulpieren kann ⁴¹⁾). Der Geschädigte muss daher kein deliktisches Verschulden beweisen. Auf Grund dieser Ueberlegungen setzt nach

³³⁾ Vgl. vorne N 28.

³⁴⁾ Vgl. *Capitant*, Rev. crit. 1900, 165 ff.; Ripert, droit de propriété 272; Planiol, Rev. crit. 1905, 291; Stefani 29/30; Planiol/Ripert I N 3060.

³⁵⁾ Stefani 28/29.

³⁶⁾ Diese Begründung wird ausdrücklich abgelehnt von B. Starck 177.

³⁷⁾ *Capitant*, Rev. crit. 1900, 165/66; vgl. Keller 55 ff. und neuestens B. Starck 175 ff.

³⁸⁾ Vgl. *Capitant*, Rev. crit. 1900, 163.

⁴¹⁾ *Capitant*, a.a.O. 165.

Capitant die Haftpflicht unter Nachbarn keine unerlaubte Handlung, keine «faute» voraus und kann deshalb die Rechtsprechung erklärt und begründet werden.

Diese Theorie der nachbarrechtlichen Verpflichtungen bildete in der Folge häufig Gegenstand heftiger Kritik und muss heute, nachdem *Capitant* selbst sie seinerzeit fallen gelassen hat ⁴²⁾, wohl als überholt bezeichnet werden.

Vom rechtstheoretischen Standpunkt aus wurde ihr vorgeworfen, dass die nachbarrechtlichen Verpflichtungen im Cc nicht vorgesehen seien und deshalb überhaupt nicht beständen ⁴³⁾. Andererseits wurde darauf hingewiesen, dass die Theorie nicht erklären kann, wo die untere Grenze der Verantwortlichkeit liegt, dh. wo die Grenze liegt zwischen jenen Störungen, die noch zu einer Schadenersatzpflicht führen und jenen, die der Nachbar auf sich nehmen muss ⁴⁴⁾. Schliesslich wurde auch betont, dass die Theorie nicht erklären kann, warum — nach der französischen Praxis — in vielen Fällen der Störer nur zu Schadenersatz, nicht aber zum Unterlassen der störenden Tätigkeit verpflichtet wird ⁴⁵⁾.

b) *Die Theorie der Risikotragung*: Verschiedene Autoren gehen vom Gedanken aus, dass derjenige, der den Nutzen aus seinem Eigentumsrecht und aus der kraft dieses Eigentumsrechts ausgeübten Tätigkeit ziehen kann, auch den Schaden tragen soll, der Dritten dadurch verursacht wird ⁴⁶⁾.

Auch *Ripert* ⁴⁷⁾ billigt in seiner umfassenden Arbeit über das in Frage stehende Thema diesen auf Cc 1384 beruhenden Gedankengang. Er geht aus von einer Untersuchung des Eigentumsrechts, wobei er die überlieferte Auffassung eines absoluten Rechts angreift. Er kommt dann zur Feststellung, dass jeder Grundeigentümer nicht nur sein eigenes Grundstück, sondern auch dasjenige seines Nachbarn benützen — im Sinne von darauf einwirken — dürfe, solange er den Nutzen, den der Nachbar von seinem Grundstück ziehen wolle, nicht beeinträchtige.

⁴²⁾ Vgl. Mazeaud I N 619 Anm. 2; Stefani 54/55; Savatier I N 71 Anm. 2.

⁴³⁾ Vgl. Prax 96; Ripert, droit de propriété 172, 187/88, 267.

⁴⁴⁾ Vgl. Ripert, droit de propriété 273 ff. Es handelt sich hier um eine Grenzziehung, die auch in den andern Rechtsordnungen auf der theoretischen Ebene nicht eindeutig möglich war.

⁴⁵⁾ Vgl. Schlumberger 126.

⁴⁶⁾ Ripert, droit de propriété 281, 336; Josserand 21; B. Starck 178 ff.; Schlumberger 128; Besson 127/28; im weiteren Mazeaud I N 618; Prax 117; Leyat 101; Savatier I N 71; Planiol/Ripert I N 3060.

Ripert geht dann aber über diese Abgrenzung hinaus und verlangt die Berücksichtigung des allgemeinen volkswirtschaftlichen Interesses, dass ein Grundeigentümer auf seinem Grundstück alle wirtschaftlich nützlichen Zwecke verfolgen könne. Wenn er dabei die Interessen seiner Nachbarn verletze, so sei der Ausgleich auf dem Boden der Schadenersatzpflicht zu suchen.

So überwindet dieser hervorragende Jurist die durch den absoluten oder fast absoluten Eigentumsbegriff entstandenen Schwierigkeiten. Er stösst den Grundsatz «neminem laedit qui iure suo utitur» um und stellt sich im weiteren auf den Standpunkt, dass man auch verantwortlich werden könne, wenn man ein Recht ausübe^{47a)}.

Ripert kommt dabei zum Schluss, dass derjenige den Schaden tragen soll, der durch einen abnormalen, ausserordentlichen Gebrauch seines Grundstückes die normalen Beziehungen zwischen den beiden Grundstücken verändert, gestört, beseitigt hat⁴⁸⁾. Wenn diese Störung des Gleichgewichts vom Geschädigten ausgeht, steht ihm kein Schadenersatzanspruch zu⁴⁹⁾, wenn sie aber vom Schädiger verursacht wird, ist dieser dafür verantwortlich⁵⁰⁾.

*Stefani*⁵¹⁾ will im Gegensatz zu *Ripert* nicht nur in der abnormalen, sondern in jeder Ausübung des Eigentumsrechts einen Grund zur Schadenersatzpflicht sehen, wenn dadurch das Gleichgewicht zwischen benachbarten Grundeigentümern gestört wird. Er geht mit *Ripert* aber insofern einig, als er dem freien richterlichen Ermessen einen sehr weiten Spielraum lassen will. Gestützt darauf entwickelt er seine Theorie des «juge-arbitre», die eigentlich in Ermangelung von konstruktiven Richtlinien

⁴⁷⁾ Nach einer gründlichen Besprechung der geschichtlichen Entwicklung der Haftpflicht unter Nachbarn und der vor ihm aufgestellten Theorien wendet sich *Ripert*, *droit de propriété* 283 ff., der Darlegung seiner eigenen Auffassung zu.

^{47a)} Vgl. dazu B. Starck 155/56 und hinten § 8 N 3.

⁴⁸⁾ Vgl. *Stefani* 71, 95; *Mazeaud* I N 348; *Leyat* 87; *Planiol*, *Rev. crit.* 1906, 34; *Planiol/Ripert* I N 3058.

⁴⁹⁾ So z. B. wenn der Geschädigte in einem Industriequartier eine Waschanstalt betreibt und die Wäsche im Freien trocknet, wo sie von Russ und Staub der umliegenden Betriebe beschmutzt wird; vgl. *Mazeaud* I N 604 ff.

⁵⁰⁾ Es handelt sich hier um die Berücksichtigung der sog. «réceptivité personnelle» und nicht um die Frage, welcher Grundeigentümer eine bestimmte Tätigkeit zuerst ausgeübt habe. Die entsprechende Theorie der «préoccupation» von *Demolombe* wird von *Ripert* (vgl. *droit de propriété* 229) wie von vielen andern Autoren abgelehnt; vgl. auch *Mazeaud* I N 601; *Savatier* I N 72.

⁵¹⁾ Vgl. namentlich S. 71 und 86.

und massgebenden Kriterien fast eher als Verzicht auf eine Theorie denn als Theorie angesehen werden kann.

c) *Die Vertreter der deliktischen Verantwortlichkeit*: Auch *Leyat* ⁵²⁾ wendet sich gegen *Ripert* mit der Argumentation, dass der abnormale Charakter eines Verhaltens dieses entweder als schuldhaft qualifiziere oder dann ein sinnloses Kriterium darstelle. Er glaubt, mit dem Vergleich mit dem Verhalten eines «bonus pater familias» die Schwierigkeiten überwinden zu können und wirft z. B. *Prax* vor, dass er von der sachenrechtlichen Seite des Grundeigentums her an diese Fragen herantrete ⁵³⁾. *Leyat* muss allerdings zugeben, dass nicht bei allen Verurteilungen wegen «troubles de voisinage» eine «faute» im althergebrachten Sinne des gemeinen Rechts vorliege. Er begegnet dieser Schwierigkeit durch die Aufstellung des Begriffes einer «faute spéciale du voisinage proprement dite», die als «faute sui generis» in enger Beziehung stehe zur Tatsache des Aneinandergrenzens der Grundstücke ⁵⁴⁾.

Es dürfte wohl nicht zuletzt auf die Tatsache zurückzuführen sein, dass die Gerichte ihre Urteile fast immer ⁵⁵⁾ als Anwendungen von Cc 1382 bezeichnen, dass viele Autoren in dieser Bestimmung eine genügende Grundlage für die Haftpflicht bei Ueberschreitungen des Grundeigentumsrechts sehen. Zu diesen Verteidigern der Anwendung von Cc 1382 gehören neben *Leyat*, *Appert* ⁵⁶⁾, *Guérin et Herve* ⁵⁷⁾, *Rutsaert* ⁵⁸⁾ und *Leroy* ⁵⁹⁾ auch *Mazeaud* ⁶⁰⁾, *Lalou* ⁶¹⁾ und *Savatier*, der allerdings anerkennt, dass der Grundeigentümer ausnahmsweise auch verantwortlich wird, wenn ihm keine «faute» vorgeworfen werden kann ⁶²⁾. Einzelne von ihnen wollen die Schwierigkeit, die die Subsumtion des Verhaltens des Grundeigentümers unter den Verschuldensbegriff in vielen Fällen bietet, dadurch ausschalten, dass sie die «faute» nicht im schädigenden Verhalten, sondern in der Verweigerung des Schadenersatzes

⁵²⁾ Vgl. 87 und zu seiner Theorie B. Starck 186.

⁵³⁾ *Leyat* 134.

⁵⁴⁾ 24 ff.; hier besteht eine Beziehung zur Theorie von *Capitant*.

⁵⁵⁾ Ueber Ausnahmen vgl. *Mazeaud* I N 618 Anm. 3; *Blüner* 128.

⁵⁶⁾ 79.

⁵⁷⁾ 29.

⁵⁸⁾ 44 ff.

⁵⁹⁾ 248.

⁶⁰⁾ I N 620/21.

⁶¹⁾ N 942.

⁶²⁾ I N 71.

sehen ⁶³⁾, eine Theorie, die schon auf den ersten Blick zum Widerspruch reizt und die wohl mit Recht nicht Fuss gefasst hat.

d) *Die Trennung zwischen dem rechtswidrigen Schaden und dem dafür kausalen rechtmässigen Verhalten*: Einen andern, neuartigen Weg geht *B. Starck* ⁶⁴⁾ in seiner preisgekrönten Dissertation über die Theorie des Schadenersatzrechts. Er zieht zwischen der Ausübung des Eigentumsrechts und der Schädigung der Nachbarn einen grundsätzlichen Trennungsstrich, wobei er im Gegensatz zu *Ripert* und andern französischen Autoren ⁶⁵⁾ im Eigentumsrecht nicht ein Ausschliessungsrecht gegenüber Dritten, sondern ein «pouvoir sur la chose» sieht. Nach dieser Auffassung darf zwar jeder Grundeigentümer grundsätzlich tun und lassen was er will; trotzdem ist aber die Schädigung von Drittpersonen und damit auch von Nachbarn rechtswidrig. Eine Ausnahme von dieser Regel gilt für die schuldhaft schädigende Handlung, bei der auch *B. Starck* nicht nur den Schaden, sondern auch das dafür kausale Verhalten als rechtswidrig betrachtet.

Die Verletzung des allgemeinen Schädigungsverbot, das nach diesem Autor nicht nur unter Nachbarn gilt, zieht nach seiner Auffassung auch dann die Schadenersatzpflicht nach sich, wenn den Schädiger kein Verschulden trifft.

Diese allgemeine Theorie liefert *B. Starck* auch die Unterlage für eine Haftpflicht des Grundeigentümers ohne Verschulden. Da aber nach der Praxis nicht jede Einwirkung auf das Nachbargrundstück eine Schadenersatzpflicht begründet, muss das ganze System ergänzt werden durch die sog. «dommages licites», für die als Ausnahme nicht gehaftet wird.

Gestützt darauf kommt *B. Starck* zu folgender Zusammenstellung:

a) Für «dommages licites» besteht keine Schadenersatzpflicht und der Geschädigte kann auch nicht auf Unterlassung resp. Beseitigung klagen.

b) Wenn die schädigende Handlung als «faute» oder «dol» qualifiziert werden muss, steht dem Geschädigten sowohl ein Schadenersatzanspruch als auch ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch zu.

c) Wenn demgegenüber ein unerlaubter Schaden durch ein an und für sich erlaubtes Verhalten verursacht wird, muss dieses Verhalten zwar geduldet werden; es begründet aber eine Schadenersatzpflicht.

⁶³⁾ *Ripert*, règle morale 232; *Rutsaert* 46; *Stefani* 46. *Mazeaud I* N 617 und *B. Starck* 184 wenden sich gegen diese namentlich von *Picard* vertretene Auffassung.

⁶⁴⁾ Namentlich 187 ff.

⁶⁵⁾ Vgl. *Ripert*, droit de propriété 290.

IV. ZUSAMMENFASSUNG

Eine kurze Durchsicht der französischen Literatur zu der zur Diskussion stehenden Frage bringt die Gefahr mit sich, dass ein ziemlich verworrenes Bild zurückbleibt. Dies dürfte z. T. darauf zurückzuführen sein, dass die drei folgenden Fragen häufig zu wenig klar auseinandergehalten werden:

- a) Setzt die Haftpflicht des Grundeigentümers ein deliktisches Verschulden voraus?
- b) Welche Einwirkungen von Nachbargrundstücken sind rechtswidrig und inwiefern ist diese Rechtswidrigkeit Voraussetzung der Haftpflicht?
- c) Besteht unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Haftung für rechtmässige Schädigungen?

3. KAPITEL

Die Auslegung von Art. 679

§ 6. Grammatikalische und historische Auslegung von ZGB 679

I. DIE GRAMMATIKALISCHE AUSLEGUNG

1. Die Texte in den drei Amtssprachen

Wenn wir den deutschen, den französischen und den italienischen Text von ZGB 679 miteinander vergleichen, können wir keine wesentlichen Unterschiede feststellen¹⁾. Es erübrigt sich daher, die Frage aufzuwerfen, welchem von den drei Texten der Vorzug zu geben sei.

2. Der Wortlaut von ZGB 679

Nach *Savigny*²⁾ haben wir hier zu prüfen, in welcher Hinsicht die vom Gesetzgeber gebrauchten Ausdrücke unbestimmt sind und ob es sich dabei um Unvollständigkeit oder Vieldeutigkeit handelt.

Savigny stellt allerdings dem unbestimmten Ausdruck noch den unrichtigen gegenüber. Die eventuelle Unrichtigkeit eines Teils des Wortlauts von ZGB 679 kann sich aber erst bei der materiellen Prüfung des

¹⁾ Der Tatsache, dass der französische Text nur vom «propriétaire», der italienische vom «proprietario» spricht, der deutsche aber vom «Grund Eigentümer», kommt keine Bedeutung zu, da der ganze 19. Titel, in dem sich Art. 679 befindet, nur vom Grundeigentum handelt. Vgl. aber über eine gewisse Abweichung des italienischen Textes hinten N 4. Vgl. im übrigen über die Aenderung des französischen Textes im Verlaufe der Beratungen vorn § 2 N 13.

²⁾ Vgl. vorn § 1 N 108.

Wesens der Grundeigentümerhaftung ergeben und fällt daher hier ausser Betracht.

Wenn wir die einzelnen Ausdrücke und Wortgruppen von ZGB 679 auf ihre Bestimmtheit oder Unbestimmtheit und deren Art prüfen, ergeben sich folgende Ueberlegungen:

a) Die «*schädigende Betätigung*»: Voraussetzung der Anwendbarkeit von ZGB 679 ist, dass «ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet».

Es handelt sich bei diesem Ausdruck streng genommen um die negative Umschreibung einer Tätigkeit: Wer ein Recht überschreitet, übt es nicht mehr aus; er tut irgend etwas, das durch sein Recht nicht mehr gedeckt ist, wozu er nicht mehr berechtigt ist³⁾.

Man geht wohl nicht fehl, wenn man der Formulierung des Gesetzgebers den Sinn beilegt, dass eine *Ueberschreitung des Eigentumsrechts* voraussetze, dass die fragliche Tätigkeit an und für sich eine *Ausübung des Eigentumsrechts* darstellen könne⁴⁾, dass der Berechtigte dabei aber über sein Recht hinaus gehe.

Diese Schlussfolgerung aus dem Ausdruck der «*Ueberschreitung des Eigentumsrechts*» gibt zwar einige Anhaltspunkte über dessen Bedeutung, hilft uns aber nicht, seine Unbestimmtheit zu überwinden; denn der Begriff der Ausübung des Eigentumsrechts ist seinerseits unbestimmt⁵⁾, ganz abgesehen von der schwierigen Frage der Grenzziehung zwischen der Ausübung und der Ueberschreitung des Eigentumsrechts. Diese Grenzziehung ist notwendig, weil die beiden Tätigkeiten gleicher Art sind⁶⁾.

Die auch nach diesem Versuch einer näheren Umschreibung noch verbleibende Unbestimmtheit stellt eine Vieldeutigkeit dar⁷⁾. Es können

³⁾ Vgl. die Argumentation von Ripert, *règle morale* 171 und *droit de propriété* 255 gegen die Theorie des Rechtsmissbrauchs und dazu vorn § 5 N 25.

⁴⁾ Vgl. vorn § 2 vor N 27 und den italienischen Text, der davon spricht, «che un proprietario trascende nel'esercizio del suo diritto ...»

⁵⁾ Vgl. vorn § 2 Abschn. III Ziff. 1.

⁶⁾ Man könnte versucht sein, die Ausübung und die Ueberschreitung des Eigentumsrechts als qualitativ gleich, aber quantitativ verschieden aufzufassen. Obschon diese Umschreibung in vielen Fällen zutreffen wird, kann sie nicht als richtig anerkannt werden: denn für die Bestimmung der Ueberschreitung ist nicht das Ausmass oder die Intensität, sondern die Art der Ausübung des Eigentumsrechts massgebend. Bei der Charakterisierung einer bestimmten Art als Ueberschreitung ist dabei auf die konkreten Verhältnisse abzustellen.

⁷⁾ Die Vieldeutigkeit des Begriffes der Ausübung des Eigentumsrechts ergibt sich auch aus der Mannigfaltigkeit der einschlägigen Literatur; vgl. vorn § 2. Die

sehr verschiedene Tätigkeiten als Ausübung und damit auch als Ueberschreitung des Eigentumsrechts angesehen werden. Es ergibt sich aus dem Wortlaut von ZGB 679 also nicht eindeutig, für die Folgen welcher Ursachen der Grundeigentümer zur Verantwortung gezogen werden kann.

Mit Sicherheit kann dagegen aus dem Begriff der Ueberschreitung des Eigentumsrechts geschlossen werden, dass der Gesetzgeber die Haftpflicht an ein menschliches Verhalten knüpfen wollte; denn ein Ereignis ohne menschliches Zutun fällt nach dem Sprachgebrauch weder unter den Begriff der Ueberschreitung noch unter denjenigen der Ausübung des Eigentumsrechts.

b) *Die Aktivlegitimation:* Aus dem Ausdruck «jemand» im Gesetzestext ergibt sich keinerlei Beschränkung der Aktivlegitimation. Nach dem Wortlaut der in Frage stehenden Norm kann also jedermann, der durch eine Grundeigentumsüberschreitung geschädigt wird, die sich aus ZGB 679 ergebenden Klagen anstrengen⁸⁾.

c) *Die Passivlegitimation:* Obschon uns der Wortlaut von ZGB 679 allein keine ausdrückliche Antwort auf die Frage gibt, wer auf Grund dieser Bestimmung verantwortlich gemacht werden kann, wird allgemein der Grundeigentümer als passiv legitimiert betrachtet⁹⁾. Diese Auffassung kann sich auf das Marginale stützen, in dem von der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers und nicht irgend eines beliebigen Dritten die Rede ist¹⁰⁾. Damit ist die aufgeworfene Frage eindeutig, aber unvollständig beantwortet; denn der Randtitel sagt uns nichts über die Stellung der dinglich und der obligatorisch am Grundstück Berechtigten. Wir wissen namentlich nicht, ob für ihre Ueberschreitungen des Grundeigentumsrechts überhaupt niemand, oder der Grundeigentümer oder auch sie selbst nach ZGB 679 zur Verantwortung gezogen werden können.

Tatsache, dass auch die durch den Wortlaut bestimmt beantwortete Frage, ob ZGB 679 ein menschliches Verhalten voraussetze, in der Literatur zu Kontroversen Anlass gegeben hat (vgl. vorn § 2 N 30 und N 172), spricht nicht gegen diese Schlussfolgerung; denn diesen Kontroversen liegt die freie Auslegung contra legem durch einzelne Juristen zu Grunde.

⁸⁾ Vgl. z. B. den in SJZ 17, 141 publizierten Entscheid des Appellationsgerichtes Baselstadt vom 27. 5. 1919.

⁹⁾ Vgl. vorn § 2 zu N 105.

¹⁰⁾ Die Randtitel nehmen im schweizerischen Recht an der Gesetzeskraft teil, vgl. Egger N 32 der Allgemeinen Einleitung zum ZGB.

d) *Weitere Fragen:* Der Schadenersatzanspruch nach ZGB 679 — der für unsere Arbeit im Gegensatz zum Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch im Vordergrund steht — bringt noch viele weitere Fragen mit sich, auf die der Wortlaut des fraglichen Artikels keine Antwort gibt, so die Haftung für Hilfspersonen und beliebige Dritte, die Entlastungsgründe, die Schadensberechnung, die Verjährung u. a.

II. DIE HISTORISCHE AUSLEGUNG

Es liegt nahe, nach diesen unbefriedigenden Ergebnissen der grammatikalischen Auslegung die Gesetzesmaterialien zu Rate zu ziehen und die Frage aufzuwerfen, auf Grund welcher Ueberlegungen der Art. 679 in das Gesetz aufgenommen wurde und welche Bedeutung dieser Bestimmung nach dem Willen der an der Gesetzgebung beteiligten Organe zukommen sollte. Im weiteren ist zu prüfen, ob vor Erlass des ZGB in den kantonalen Rechtsordnungen schon ähnliche Bestimmungen bestanden, die als direkte Vorläufer der heute geltenden Norm angesehen werden könnten.

Aber auch die historische Auslegung vermag keine befriedigenden Auskünfte zu geben. Einerseits haben wir festgestellt, dass der vorliegende Artikel bei der Einführung des ZGB ein Novum darstellte, anderseits zeigt ein Ueberblick über die Materialien, dass die Gesetzesverfasser selbst sich keine sehr genauen Vorstellungen über diese Bestimmung gemacht haben dürften¹¹⁾. Sicher kann aus den Gesetzesberatungen nur geschlossen werden, dass durch ZGB 679 eine Haftpflicht ohne Verschulden statuiert werden sollte. Dieser heute in Literatur und Praxis unbestrittene Punkt ergibt sich nicht eindeutig aus dem Wortlaut des Gesetzes, das z. B. in ZGB 927 und 928 trotz ähnlicher Formulierung keine Haftpflicht ohne Verschulden aufstellt.

Nachdem uns demgemäss unser Versuch, aus dem Gesetzestext selbst und seiner Entstehungsgeschichte die nötige Klarheit zu gewinnen, keine wesentliche Erkenntnis gebracht hat, müssen wir im folgenden unter Anwendung der in § 1 entwickelten Methode die Systematik des Gesetzes, das autonome Sollen und die Realien zur Lösung unserer Aufgabe heranziehen.

¹¹⁾ Vgl. vorn § 2 Abschn. I und II.

§ 7. Die angrenzenden Rechtsgebiete

Die Aufgabe in diesem Paragraphen besteht darin, die Voraussetzungen für die Untersuchung der Frage zu schaffen, wie die Grundeigentümerhaftung ausgestaltet werden muss, damit sie den Anforderungen der formalen Gerechtigkeit entspricht¹⁾. Wir müssen prüfen, was in den angrenzenden Rechtsgebieten als gleich und als ungleich anzusehen ist und dementsprechend behandelt werden soll.

1. DIE ABGRENZUNG GEGENÜBER DER HAFTPFLICHT AUS DELIKT²⁾

1. Die deliktischen Haftungsarten im allgemeinen

a) *Die Unterscheidung von den nicht-deliktischen Haftungsarten:* Die gemeinsame Komponente der deliktischen Haftungsarten (OR 41. 55, 56, 58, ZGB 333, EHG 1, ElG 27, MFG 37, LFG 64. MO 27 und 28³⁾) besteht darin, dass sie keine schon vor dem Eintritt der haftungsbegründenden Tatsache vorliegende Beziehung zwischen dem Haftpflichtigen und dem Geschädigten voraussetzen⁴⁾. Als Ansprecher kommt daher jedermann in Frage⁵⁾.

b) *Der theoretische Aufbau:* Die deliktischen Haftungsarten lassen sich alle gleich konstruieren: Die Haftpflicht für einen bestimmten Schaden ist gegeben, wenn er mit einer sog. haftungsbegründenden Tatsache in einem rechtlich relevanten Kausalzusammenhang⁶⁾ steht und die Schadenszufügung widerrechtlich erfolgt ist⁷⁾.

1) Vgl. vorn § 1 zu N 82 und 96.

2) Der Einfachheit halber verwenden wir den Begriff der deliktischen Haftung ebenfalls für diejenigen Haftungsarten, die auch als quasideliktisch bezeichnet und unter dem Begriff des Haftpflichtrechts i.e.S. zusammengefasst werden; vgl. Oftinger I 2.

3) Ob auch die Grundeigentümerhaftung zu den deliktischen Haftungsarten zu zählen ist, soll sich erst aus unseren folgenden Ausführungen ergeben. Dagegen sei noch die reine Kausalhaftung des Jägers nach Art. 13 des BG über Jagd- und Vogelschutz vom 10. Juni 1925 erwähnt.

4) Vgl. Känzig 5.

5) Eine Ausnahme besteht für die Gefährdungshaftung nach LFG 64, die nur Schäden von Personen oder Sachen auf der Erde betrifft. Für die Passagiere gilt eine Verschuldungshaftung mit umgekehrter Beweislast; vgl. Riese, Luftrecht 451 ff., 483. Aus dem gleichen Grunde kann man sich fragen, ob die Haftung des Bundes nach MO 27/28 hieher gehört, da sie nur gegenüber Zivilpersonen besteht.

6) Ueber die Voraussetzungen der rechtlichen Relevanz des Kausalzusammenhangs vgl. statt vieler Oftinger I 42 ff.; Stark 1 ff.

7) Vgl. Oftinger I 12/13.

Das Gesetz bestimmt, welche Voraussetzungen eine Ursache aufweisen muss, um als haftungsbegründende Tatsache in Frage zu kommen. Haftpflichtig ist diejenige Person, die mit der haftungsbegründenden Tatsache in einem bestimmten, vom Gesetzgeber umschriebenen Verhältnis steht⁸⁾).

2. Die Rechtswidrigkeit

Da der Rechtswidrigkeit bei der Grundeigentümerhaftung grosse Bedeutung zukommt, erweist es sich als notwendig, auf diese Frage hier näher einzutreten.

Die Widerrechtlichkeit⁹⁾ wird in OR 41 I ausdrücklich als Voraussetzung der Schadenersatzpflicht erwähnt¹⁰⁾; in den Normen, die die Kausalhaftungen i.e.S. statuieren, sprechen demgegenüber sowohl das OR als auch das ZGB nur von der Verursachung von Schaden. Auch bei den Gefährdungshaftungen wird die Rechtswidrigkeit im Gesetzestext nicht genannt.

Aus dieser Feststellung ergeben sich zwei Fragen: Wie ist der Begriff der Rechtswidrigkeit im Sinne von OR 41 I zu verstehen? Spielt die Rechtswidrigkeit bei den Kausalhaftungen keine Rolle?

a) *Die Widerrechtlichkeit im Sinne von OR 41 I:* Wir müssen hier einerseits danach fragen, woran die Widerrechtlichkeit im konkreten Fall erkannt werden kann. Andererseits ist aber auch zu prüfen, welche Funktion dem Begriff der Rechtswidrigkeit im deliktischen Schadenersatzrecht zukommt.

Diese beiden Fragen stehen in einem engen inneren Zusammenhang miteinander. Eigentlich kann die erste, für den Praktiker massgebende Frage erst zuverlässig beurteilt werden, wenn man sich über die Beantwortung der zweiten, mehr theoretischen Frage klar geworden ist.

⁸⁾ Es handelt sich hier um die Frage nach dem Subjekt der Haftpflicht, vgl. Oftinger II 386.

⁹⁾ Wir gebrauchen die Ausdrücke «Widerrechtlichkeit» und «Rechtswidrigkeit» als gleichbedeutend, da sie dies nach dem Sprachgebrauch auch sind; vgl. demgegenüber Oftinger I 99 N 24, wo die Theorien der subjektiven Rechtswidrigkeit und der subjektiven Widerrechtlichkeit streng unterschieden werden.

¹⁰⁾ Im französischen Recht werden demgegenüber das Verschulden und die Widerrechtlichkeit im Begriff der «faute» zusammengefasst; vgl. vorn § 5 N 22. Mazeaud I N 389 erklärt dementsprechend die Umschreibung der «faute» als einen «acte illicite» als eine Tautologie und betont, dass die Diskussion über die Rechtswidrigkeit in der Schweiz zu keinem Resultat führen werde. Die richtige Lösung sähe er darin, die Unterscheidung zwischen der Widerrechtlichkeit einerseits und Vorsatz und Fahrlässigkeit andererseits im Wortlaut von OR 41 I fallen zu lassen.

Wenn wir trotzdem zuerst auf die praktische Frage eintreten, so nur deshalb, weil die Literatur sich in erster Linie mit ihr befasst.

aa) *Die Widerrechtlichkeit im konkreten Fall*: Wir stossen in der einschlägigen Literatur auf verschiedene, einander teilweise überschneidende Theorien. Der eine Autor unterscheidet zwischen einer relativen und einer absoluten Theorie¹¹⁾, der andere stellt eine subjektive und eine objektive Theorie¹²⁾ einander gegenüber. Ausserdem finden wir die Unterscheidung zwischen formeller und materieller¹³⁾, sowie zwischen negativer und positiver Rechtswidrigkeit¹⁴⁾. Nach *Specker* spaltet sich die relative Theorie in eine objektive und eine subjektive Theorie; nach *Richard* ist die subjektive Theorie identisch mit der absoluten und die objektive mit der relativen Theorie und *v. Wattenwyl* betrachtet die subjektive und die objektive Theorie als Unterarten der positiven Theorie. *Känzig*¹⁵⁾ unterscheidet innerhalb der objektiven Theorie zwischen der objektiven und der subjektiven Rechtswidrigkeit und stellt eine eigene sog. Normentheorie auf. Verschiedene Autoren betonen, dass der von ihnen dargelegten Unterscheidung zwischen verschiedenen Theorien keine grosse Bedeutung zukomme¹⁶⁾.

Es würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen, diese verschiedenen Theorien einzeln zu besprechen.

Auf Grund der grammatikalischen Interpretation der Ausdrücke «Rechtswidrigkeit» und «Widerrechtlichkeit» ist die Beantwortung der gestellten Frage der Rechtsordnung zu entnehmen. Wir können diese Frage also auch so formulieren: Welche schuldhaften Schädigungen Dritter entsprechen unserer Rechtsordnung und welche widersprechen ihr¹⁷⁾? — abgesehen von den Vertragsverletzungen, die hier nicht zur Diskussion stehen.

¹¹⁾ Vgl. *Specker* 7 ff.; *Pfister* 82/83; *Richard* 306; *Homberger*, ZSR 49, 26 a N 54.

¹²⁾ Vgl. *Känzig* 41 ff.; *Häberlin* 9/10; *Specker* 14/15; *Richard* 306; *Homberger*, ZSR 49, 23 a; *v. Wattenwyl*, ZSR 48, 425; *v. Tuhr/Siegwart* I 349 N 17; *Rensing* 15 ff.

¹³⁾ Vgl. *v. Wattenwyl*, ZSR 48, 415; *Hafer*, Allg. Teil 93.

¹⁴⁾ Vgl. *v. Wattenwyl*, ZSR 48, 425; *C. Chr. Burckhardt*, ZSR 22, 514/15.

¹⁵⁾ 64 ff., 70/72; vgl. *Oftinger* I 99 N 24; *Rensing* 13.

¹⁶⁾ Vgl. *Specker* 15; *Homberger*, ZSR 49, 23 a; *v. Tuhr/Siegwart* I 349 N 17.

¹⁷⁾ Durch diese Fragestellung und den darin enthaltenen Hinweis darauf, dass auf die Rechtsordnung abzustellen ist, wird bereits die sog. materielle Rechtswidrigkeit aus unserer Untersuchung ausgeschlossen. Diese Theorie will darauf abstellen, ob ein bestimmtes Verhalten als gesellschaftsfeindlich, antisozial, gegen das allgemeine Wohl gerichtet, anzusehen sei. Vgl. *Hafer*, Allg. Teil 93; *v. Wattenwyl*, ZSR 48, 415.

Es ist praktisch unbestritten, dass nicht eine bestimmte Rechtsnorm und daher namentlich auch nicht OR 41 I auf diese Frage Antwort gibt. Es ist vielmehr auf die gesamte Rechtsordnung abzustellen und zwar nicht nur auf das Zivilrecht, sondern auch auf die andern Rechtsgebiete¹⁸⁾.

Der Gesetzgeber hatte bei der Aufstellung der Rechtsordnung zwei Möglichkeiten, zu bestimmen, welche Schädigungen rechtswidrig seien: Er konnte entweder vom Grundsatz ausgehen, jede Schädigung sei verboten, sofern sich ihre Rechtmässigkeit nicht aus einer speziellen Rechtsnorm ergebe. Oder er konnte umgekehrt statt der rechtmässigen die rechtswidrigen Schädigungen speziell erwähnen und alle andern Fälle als erlaubt betrachten.

Diesen zwei Möglichkeiten liegt die Unterscheidung zwischen der relativen und der absoluten Theorie zu Grunde. Nach der relativen Theorie setzt die Schadenersatzpflicht voraus, dass eine bestimmte Rechtsnorm, die das betreffende schädigende Verhalten untersagt, verletzt worden sei. Die absolute Theorie dagegen betrachtet jede Schädigung als rechtswidrig, sofern sie nicht gestützt auf eine bestimmte Norm als erlaubt erscheint¹⁹⁾.

Leider werden für die Bezeichnung des gleichen Unterschiedes, dh. für die Beantwortung der gleichen Frage, auch die Ausdrücke objektiv

Diese Kriterien haben in der Praxis dort eine gewisse Bedeutung, wo die Rechtswidrigkeit durch Lückenfüllung festzustellen ist.

¹⁸⁾ Vgl. Känzig 105; Häberlin 14; Moll 79; Guhl 139/40; Roemer 56; Homberger, ZSR 49, 26a/27a; Gmür, ZSR 22, 620; Burckhardt, SZStr. 15, 237/38; v. Tuhr/Siegwart I 349; Oftinger I 95; Oser/Schönenberger N 10 und 12 zu OR 41; Becker N 38 zu OR 41; BGE 21, 887; 30 II 571; 32 II 279; 34 II 119; 55 II 334; 56 II 373; 57 II 33; 71 II 192.

Aber nicht jede Verletzung irgend einer Rechtsnorm zieht auch eine zivildeliktische Rechtswidrigkeit nach sich; vgl. hinten zu N 45, ausserdem BGE 58 III 127.

¹⁹⁾ Vgl. Specker 7 ff.; Pfister 82. Oser/Schönenberger N 10 zu OR 41 bezeichnet demgegenüber die Widerrechtlichkeit als relativen Begriff, weil sie sich aus andern Normen als OR 41 ergibt. Homberger, ZSR 49, 26 a N 54 verwendet diese Bezeichnung, weil bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit auf die beteiligten Subjekte und die Beziehungen, in die sie zueinander treten, abzustellen sei. Es handelt sich bei diesen beiden Autoren also um eine andere Art von Relativität.

v. Wattenwyl, ZSR 48, 423 gebraucht statt relativ und absolut die Ausdrücke «positiv» und «negativ», weil nach der relativen Theorie die Rechtswidrigkeit eine positive Voraussetzung der Schadenersatzpflicht darstellt, nach der absoluten Theorie aber eine negative. Er unterscheidet sich von Specker und Pfister also nur durch die Terminologie, nimmt aber auf die gleichen Fragen Bezug. Vgl. auch C. Chr. Burckhardt, ZSR 22, 514/15; Känzig 41.

und subjektiv verwendet und es scheint sogar, dass diese Terminologie als die herrschende bezeichnet werden muss²⁰⁾.

Die früheren Anhänger der absoluten resp. subjektiven Theorie²¹⁾ stützten ihre Ueberlegungen namentlich auf den französischen Wortlaut von aOR 50, wo die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit mit dem Ausdruck «sans droit» wiedergegeben war. Nachdem aber sowohl das Bundesgericht²²⁾ als auch der Gesetzgeber anlässlich der Revision des OR im Jahre 1911 sich zur relativen resp. objektiven Theorie bekannte²³⁾, hat sich jetzt diese Auffassung der Rechtswidrigkeit durchgesetzt²⁴⁾.

Eine gewisse praktische Bedeutung wäre der Auseinandersetzung über diese Theorienfrage nur zugekommen, wenn unsere Rechtsordnung die richterliche Lückenfüllung nicht kennen würde; denn dann würde sich eine Lücke des Gesetzes nach der relativen Theorie zugunsten des Schädigers und zu ungunsten des Geschädigten auswirken²⁵⁾, während die absolute Theorie die umgekehrte Konsequenz hätte. Nachdem die richterliche Lückenfüllung aber heute im Gesetz sogar ausdrücklich vorgesehen ist und dementsprechend auch bei der Bestimmung der Rechtswidrigkeit Anwendung finden kann²⁶⁾ — das Bundesgericht hat schon vor der Einführung des ZGB nicht gezögert, das gesetzte Recht in bezug auf die Widerrechtlichkeit durch eine eindruckliche Praxis zu ergänzen²⁷⁾ —

²⁰⁾ Sie wird z. B. verwendet von Känzig, Häberlin, Homberger, v. Tuhr/Siegwart, Rensing, Oser/Schönenberger, Becker und in BGE 33 II 567/68.

Richtiger wäre es wohl, die Ausdrücke «objektiv» und «subjektiv» für die Beantwortung der Frage zu reservieren, ob bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit im Sinne der relativen Theorie nach einer an den Täter gerichteten Verhaltensvorschrift, der er Folge leisten kann oder nicht, zu fragen sei (subjektive Rechtswidrigkeit) oder ob vielmehr einfach darauf abgestellt werden müsse, ob ein rechtlich geschütztes Interesse verletzt wurde (objektive Rechtswidrigkeit). Vgl. vorn N 15.

²¹⁾ Vgl. Ernst 17 ff.; Rensing 12 ff.; C. Chr. Burckhardt, ZSR 22, 514/15; Gmür, ZSR 22, 621; Burckhardt, SZStr. 15, 239/40; Von der Mühl 87; für das französische Recht Savatier I N 35 ff.

²²⁾ Vgl. BGE 30 II 282; 32 II 279, 733; 33 II 567/68; 74 II 26.

²³⁾ Im französischen Text von OR 41 I wurden die Worte «sans droit» ersetzt durch «d'une manière illicite».

²⁴⁾ Pfister 82; Häberlin 10; Oser/Schönenberger N 9 zu OR 41; Moll 79; Von der Mühl 84; Cuhl 139; Becker N 38 zu OR 41; Specker 12; Homberger, ZSR 49, 27 a; v. Wattenwyl, ZSR 48, 423; v. Tuhr/Siegwart I 349; v. Liszt 3/4; Otfinger I 94 N 2. Das Strafrecht steht auf dem gleichen Boden auf Grund des Satzes «nulla poena sine lege». Abweichend ist die Normentheorie von Känzig, vgl. hinten N 36.

²⁵⁾ Vgl. die Argumentation von Rensing 16/17 und ausserdem Richard 313.

²⁶⁾ Vgl. v. Wattenwyl, ZSR 48, 427/28; Hafter, Allg. Teil 93.

²⁷⁾ Vgl. BGE 34 II 119 und viele andere Urteile; ausserdem Becker N 38 zu OR 41.

kann diesen verschiedenen Konsequenzen keine allgemeine Bedeutung zukommen. Die Unterscheidung zwischen den beiden Theorien hat daher fast jeden praktischen Wert eingebüsst ²⁸⁾).

Eine andere hier aufzuwerfende Frage betrifft den Angriffspunkt der die Rechtswidrigkeit statuierenden Norm.

Das ganze Schadenersatzrecht beruht auf den kausalen Zusammenhängen des Geschehens: Wo ein Schaden eintritt, fragt man nach seiner Ursache und auferlegt – gegebenenfalls – die Haftpflicht demjenigen, der für die Ursache verantwortlich ist ²⁹⁾).

Die Rechtsnorm kann nun entweder an den Erfolg, dh. dasjenige Ereignis anknüpfen, das den Schaden als Vermögensverlust mit sich bringt und ihn als rechtswidrig erklären. Oder sie kann auch einer Ursache den Stempel der Widerrechtlichkeit aufdrücken ³⁰⁾. In beiden Fällen wird bei der Schädigung durch menschliches Verhalten richtigerweise die ganze Kausalreihe als rechtswidrig betrachtet, unabhängig davon, welchen ihrer beiden «Pole» die Rechtsordnung als Angriffspunkt gewählt hat ³¹⁾).

Dieser Frage des Angriffspunktes der Rechtsordnung kommt keine wesentliche praktische Bedeutung zu; es ist eine nur technische Frage, ob der Gesetzgeber seine Missbilligung an das Verhalten knüpft, das zur Verletzung eines Rechtsgutes führt oder ob seine Normen sich direkt gegen die Verletzung des Rechtsgutes selbst wenden. Es ist vom praktischen Gesichtspunkt aus gleichgültig, ob der Gesetzgeber die Pflicht oder das Recht statuiert ³²⁾. Der Gesetzgeber hat daher von beiden Mög-

²⁸⁾ Vgl. v. Tuhr/Sieewart I 349 N 17; Homberger, ZSR 49, 23 a; Oser/Schönenberger N 8 zu OR 41.

²⁹⁾ Vgl. Stark 2; Von der Mühl 75 und viele andere; vorn N 6.

³⁰⁾ Känzig 114 N 1 weist darauf hin, dass wir häufig eine Mischform zwischen den beiden Möglichkeiten finden, indem der Gesetzgeber einen bestimmten Erfolg verpönt, wenn er durch ein bestimmtes Verhalten herbeigeführt werde.

³¹⁾ Vgl. Känzig 40, 113/14; Specker 15.

³²⁾ Vgl. Specker 15; Homberger, ZSR 49, 25a; v. Tuhr/Sieewart I 349; v. Tuhr III 457.

Die Unterscheidung von Bienenfeld 407 ff. zwischen der Rechtswidrigkeit des Zieles und der Rechtswidrigkeit des Mittels bezieht sich nicht auf diese Frage. Unter Ziel versteht Bienenfeld nicht den Erfolg im kausalen Sinne, sondern den Zweck des Handelns. M. E. muss hier gegenüber Bienenfeld sein eigener Vorwurf erhoben werden (400/01), dass in der Lehre der Rechtswidrigkeit zu viel auf die strafrechtlichen Verhältnisse abgestellt werde.

S. 410 lehnt Bienenfeld dann die Qualifikation eines Erfolges als rechtswidrig ab mit der Begründung, dass diese nicht zur Unterscheidung bestimmter Sachverhalte von andern dienen könne; vgl. hinten zu N 39.

lichkeiten Gebrauch gemacht, um seinem Willen je nach den Umständen Ausdruck zu geben. Dementsprechend kann im konkreten Fall vom rechtlich geschützten Interesse auf die Verhaltensnorm oder von der Verhaltensnorm auf das rechtlich geschützte Interesse geschlossen werden.

Dies ist aber nur richtig, wenn die Verhaltensnorm den Schutz des geschädigten privaten Rechtsgutes bezweckt und nicht zur Verfolgung anderer Ziele aufgestellt worden ist. Wenn die verletzte Norm mit dem verletzten Rechtsgut in keinem Zusammenhang steht, spricht man vom Fehlen des adaequaten Kausalzusammenhanges zwischen der unerlaubten Handlung und dem Schaden ³³⁾ ³⁴⁾.

Dieser Sachverhalt ist vom Bundesgericht in seinem berühmten Entscheid 30 II 571/72 klar herausgearbeitet worden. Es hatte die Ansprüche der Hinterlassenen eines Arbeiters zu beurteilen, der bei der Fällung eines Baumes ums Leben gekommen war, wobei gewisse forstpolizeiliche Vorschriften verletzt worden waren. Das Bundesgericht hat es mit Recht abgelehnt, aus dieser Verletzung forstpolizeilicher Normen eine Rechtswidrigkeit im Sinne von aOR 50 abzuleiten, weil der Zweck dieser Normen nicht im Schutz der körperlichen Integrität der Waldarbeiter liegt, sondern im Schutz des Waldes ³⁵⁾.

Die Rechtswidrigkeit im Sinne von OR 41 I besteht also entweder in der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses oder in der Verletzung einer Verhaltensnorm, die den Schutz des geschädigten Interesses zum Zwecke hat ³⁶⁾ ³⁷⁾. Wir müssen bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit im konkreten Fall diese beiden Möglichkeiten berücksichtigen.

³³⁾ Diese Terminologie ist nicht sehr glücklich, weil es sich beim Kausalzusammenhang um eine Verknüpfung von Ereignissen unserer Umwelt handelt, die von jeder rechtlichen Betrachtung unabhängig ist. Zutreffender würde vielleicht von einem Zweckzusammenhang gesprochen. In einem in SJZ 33, 54 Nr. 10 auszugsweise wiedergegebenen Urteil des Oesterreichischen Obersten Gerichtshofes vom 7.2.36 wird vom Rechtswidrigkeitszusammenhang gesprochen.

³⁴⁾ Der sog. adaequate Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung einer Verhaltensnorm geschützte Rechtsgut durch deren Nicht-Befolgung verletzt worden ist, Verhaltensnorm und einem Schaden fehlt auch dann, wenn zwar das durch die Verletzung dies aber in ganz anderer Weise geschah, als der Gesetzgeber beim Erlass der Norm dachte; vgl. Bauer 39; Staudinger/Engelmann N III A 3 zu BGB 823.

³⁵⁾ Vgl. auch BGE 31 II 284; 33 II 558; 41 II 685; 46 II 51/52; 47 II 405; 51 II 78; 52 II 390; 75 II 212/13; ausserdem Homberger, ZSR 49, 23a/24a; v. Tuhr/Siegarth I 356.

³⁶⁾ Vgl. die Normentheorie von Känzig (64 ff., namentlich 112 ff.), der nicht auf die Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses abstellen will; denn die sog. rechtlich geschützten Interessen seien nur Reflexwirkungen von Normen, die

Es frägt sich aber noch, ob das Rechtsgut als primärer Angriffspunkt der Rechtsordnung anzusehen sei oder das Verhalten. Wird das Verhalten missbilligt, weil das Rechtsgut geschützt werden soll oder das Rechtsgut geschützt, weil das Verhalten verpönt ist?

Damit kommen wir zu unserer zweiten Frage:

bb) *Die Funktion des Begriffes der Rechtswidrigkeit:* Die Erwähnung der Rechtswidrigkeit im Gesetz (OR 41) hatte nur dann einen Sinn, wenn auch nicht-rechtswidrige, fahrlässige oder vorsätzliche Schädigungen Dritter denkbar sind³⁸⁾ und wenn bei diesen Schädigungen keine Haftpflicht des Schädigers eintreten soll. Die Funktion des Begriffes der Rechtswidrigkeit besteht also darin, zu bestimmen, welche schuldhaften Schädigungen zu einer Haftpflicht führen sollen und welche nicht.

Bei der Beobachtung unseres Rechts- und Wirtschaftslebens stossen wir immer wieder auf vorsätzliche oder fahrlässige Schädigungen Dritter, die keiner Schadenersatzpflicht rufen. Wer einem Berufskollegen Konkurrenz macht, schädigt ihn in den meisten Fällen. Trotzdem denkt niemand daran, ihm eine unerlaubte Handlung vorzuwerfen, sofern er

das Verhalten betreffen, weil durch eine Norm überhaupt nur menschliches Verhalten geregelt werden könne. Aber auch Känzig will nicht an die Verletzung jeder Verhaltensnorm, die zu einem Schaden führt, eine Schadenersatzpflicht knüpfen, sondern nur an die Verletzung der sog. Verhaltensnormen mit Schädigungstatbestand. Vgl. demgegenüber die Umschreibung der Rechtswidrigkeit von Hafter, Allg. Teil 93.

³⁷⁾ Die Unterscheidung zwischen den beiden Angriffspunkten der Rechtsordnung kommt namentlich in BGB 823 sinnfällig zum Ausdruck; denn in dieser Bestimmung wird in Abs. 1 die Schadenersatzpflicht für die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, des Eigentums oder eines sonstigen Rechtes eines andern geregelt und der in Abs. 2 statuierten Haftpflicht bei Verletzung eines sog. Schutzgesetzes gegenübergestellt. Dabei ist sich die Literatur nicht einig über die Frage, ob die Aufzählung der geschützten Güter in Abs. 1 limitativ sei oder ob es sich hier um Beispiele handle. Bestritten ist auch, was unter den «sonstigen Rechten» zu verstehen sei (vgl. Staudinger/Engelmann N II A 2 e zu BGB 823; v. Tuhr/Sieewart I 351 N 33; v. Liszt 21, 26). Die Bedeutung von Abs. 2 neben Abs. 1 wird darin gesehen, dass damit die Schadenersatzpflicht auch für bestimmte Sonderfälle der Verletzung nicht generell geschützter Güter, namentlich des Vermögens, statuiert werde (vgl. Bauer 66 ff., namentlich 68/69; Enneccerus/Lehmann 887; a. M. mit guter Begründung v. Liszt 31, 33) und dass sich bei der Anwendung von Abs. 2 das Verschulden nicht auf die Schädigung, sondern nur auf die Verletzung der Verhaltensnormen beziehen müsse (vgl. Bauer 77 ff.; v. Liszt 35).

³⁸⁾ Die Anwendung dieses Argumentes auf den nicht sehr glücklich formulierten § 823 BGB führt zur Auslegung des Wortes «widerrechtlich» in dieser Norm im Sinne eines Ausschlusses von Rechtfertigungsgründen; vgl. Ernst 4/5. Vgl. über ähnliche Schwierigkeiten auf Grund einzelner früherer kantonaler Strafnormen Hafter, Allg. Teil 95/96.

nicht illoyal vorgegangen ist. Aber auch der Kunde, der seinen gewöhnlichen Lieferanten übergeht und bei der Konkurrenz einkauft, fügt damit unter Umständen seinem früheren Lieferanten einen empfindlichen Schaden zu. Das gleiche gilt für den erfolgreichen Freier einer Dollarprinzessin gegenüber den andern Anwärtern auf ihre Hand und für den Rennfahrer, der im Endspurt kurz vor dem Ziel den praesumptiven Sieger überholt ³⁹⁾.

Wir stossen hier auf zwei Fragen, von denen wir die eine als formell und die andere als materiell bezeichnen können. Die *formelle Frage* schliesst an unsere Ausführungen über die Widerrechtlichkeit *de lege lata* an und betrifft den Angriffspunkt der Rechtsordnung: Will die Rechtsordnung bei der Bestimmung der Grenze zwischen Rechtswidrigkeit und Rechtmässigkeit im Sinne des Schadenersatzrechts *primär* das eine Verhalten als solches billigen und das andere verpönen, oder geht es ihr vielmehr darum, einzelne Güter zu schützen vor schuldhaften Verletzungen, sie als Rechtsgüter zu deklarieren?

Die *materielle Frage* betrifft die inhaltliche Abgrenzung zwischen rechtswidrig und rechtmässig: Welches Verhalten resp. welches Gut soll rechtlich geschützt werden und welches nicht?

Mit dieser zweiten Frage können wir uns hier nicht auseinandersetzen; wir müssen uns auf die formelle Frage beschränken.

Wenn *Känzig* ⁴⁰⁾ bei seinem eigenen Lösungsversuch von der Feststellung ausgeht, dass alle Theorien der Widerrechtlichkeit zum gleichen Ausgangspunkt führen, nämlich zu den Verhaltensnormen, ist dies insofern richtig, als das Recht sich immer an den sich so oder so verhaltenden Menschen richtet. Damit ist unsere Frage nach der Veranlassung der Verhaltensnorm aber nicht entschieden.

Die Rechtsordnung muss das Verhalten des Menschen *werten*, um es gestützt auf das Werturteil gebieten, erlauben oder verbieten zu können. Ohne Wertung kann sie nicht dazu Stellung nehmen; jede Stellungnahme stellt notwendigerweise eine Wertung dar.

An sich ist das Verhalten nur Körperbewegung, die als solche nicht gewertet werden kann. Bewertbar wird sie erst durch die Begleitumstände und durch die von den Begleitumständen mitbestimmten Folgen; denn wegen der Begleitumstände werden durch die Körperbewegungen *Werte* verletzt oder geachtet.

³⁹⁾ Vgl. BGE 11, 202; 13, 234; 14, 120; 16, 802, 554; 20, 1180; 21, 625; 22, 183, 532; 25 II 801; 30 II 283; 34 II 475; 40 II 389, 612; 47 II 97; 57 II 339, 490; 63 II 87; vgl. ausserdem die Beispiele von Becker N 36 zu OR 41.

⁴⁰⁾ 64/65.

Dies gilt für jede Wertung des Verhaltens, erfolge sie nun unter ethischen, rechtlichen, utilitaristischen oder anderen Gesichtspunkten.

Wenn ich z. B. in einer einsamen Gegend einen Schuss gegen eine nahe, mit Gras bewachsene Böschung abgebe, so ist dies rechtlich indifferent. Wenn aber an jener Böschung ein Reh steht, verletze ich damit die jagdpolizeilichen Vorschriften, sofern ich keine Jagdbewilligung besitze. Wenn an der Böschung demgegenüber eine Kuh weidet, begehe ich, sofern ich sie treffe, eine Sachbeschädigung. Wenn Kinder dort spielen, liegt ein Gefährdungsdelikt und event. ein Tötungsdelikt vor. Wenn ich mich schliesslich im Kriege befinde und an der Böschung eine feindliche Patrouille auftaucht, erfülle ich mit der Abgabe des Schusses meine Pflicht.

Massgebend für die Bewertung des Verhaltens sind also die Werte, die durch das Verhalten unter Berücksichtigung der Begleitumstände und Folgen geachtet oder verletzt werden, wobei die Rechtsordnung als Grundlage der rechtlichen Bewertung bestimmt, welche Werte von ihr anerkannt werden.

Im Schadenersatzrecht sind hier in erster Linie die Interessen des Geschädigten zu nennen, die je nach ihrer Art vom Recht positiv bewertet und damit als *Rechtsgüter* statuiert werden können. Die Rechtswidrigkeit besteht dann in der Verletzung eines solchen Rechtsgutes. Rechtsgüter sind in unserer Rechtsordnung z. B. das Leben und die körperliche Integrität, die Freiheit, die wirtschaftliche Entwicklungsmöglichkeit des Einzelnen und die andern Seiten der Persönlichkeit im Rechtssinne ⁴¹⁾.

Insoweit die Rechtswidrigkeit auf der Verletzung eines Rechtsgutes beruht, liegt ihre Basis immer in der Rechtssphäre des Geschädigten.

⁴¹⁾ Vgl. v. Tuhr/Siehwart I 351/52; Oser/Schönenberger N 14 zu OR 41.

Etwas unklar ist in dieser Beziehung N 11 zu OR 41 von Oser/Schönenberger, wo die Widerrechtlichkeit nicht nur an die Verletzung von Rechtsgütern, sondern auch an die Uebertretung von Rechtsvorschriften geknüpft wird, welche die Interessen aller schützen wollen, ohne für den Einzelnen ein subjektives Recht zu schaffen. Der zit. Autor erwähnt die Verkehrsvorschriften, deren Bedeutung aber nicht in der Statuierung der zivildeliktischen Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens bei Schädigung von Drittpersonen besteht; vgl. hinten N 57.

Die Beantwortung der Frage, ob ein bestimmtes Gut als privates Rechtsgut anerkannt wird oder nicht, ergibt sich keineswegs ausschliesslich aus dem Zivilrecht; vgl. vorn N 18. Namentlich die strafrechtlichen Normen statuieren da auch Rechtsgüter in unserem Sinne, wo sie private Güter schützen. Das privatrechtliche Rechtsgut ist aber nicht identisch mit dem strafrechtlichen. Im Gegensatz hierzu identifiziert Savatier I N 11 «faute pénale» und «faute civile» ohne Einschränkung.

Die verletzten Rechtsgüter des Geschädigten stellen aber nicht notwendigerweise die einzigen Werte dar, die die Rechtsordnung bei der Beurteilung eines Tatbestandes zu berücksichtigen hat. Es können ihnen vielmehr auf der Seite des Schädigers andere, ebenfalls positiv bewertete Interessen gegenüberstehen, die durch das gleiche Verhalten, durch das das Rechtsgut des Geschädigten verletzt worden ist, wahrgenommen werden.

Wenn die Rechtsordnung diese durch das schädigende Verhalten gewährten Werte nicht von vornherein beiseite schieben will — was wohl nicht zu rechtfertigen wäre — so muss sie die einander gegenüberstehenden Werte vergleichen und gegeneinander abwägen^{41a}). Wenn sie dem verletzten Rechtsgut den höheren Wert beimisst, ist das betr. Verhalten und die dadurch bewirkte Rechtsgutsverletzung trotz dem entgegenstehenden Wert widerrechtlich. Wenn sie demgegenüber den durch das schädigende Verhalten geachteten Wert als höher betrachtet, wird dadurch die an und für sich bestehende, durch die Rechtsgutsverletzung bedingte Rechtswidrigkeit aufgehoben: Der geschützte Wert erscheint als **Rechtfertigungsgrund**⁴²).

^{41a}) Vgl. Du Pasquier 66.

⁴²) Vgl. Oser/Schönenberger N 25 ff. zu OR 41; Becker N 41 ff. zu OR 41; Roemer 57/58. Unter den Rechtfertigungsgründen stehen die allgemeinen Ausschlussgründe der Rechtswidrigkeit im Vordergrund, weil sie gegenüber jeder Rechtsverletzung durchzudringen vermögen: die Notwehr, sowie die Erfüllung von Berufs- und Amtspflichten. Wenn sie vorliegen, ist auch die Verletzung der höchsten privaten Rechtsgüter, des Lebens und der Gesundheit, erlaubt. Gegenüber anderen, weniger hoch bewerteten Rechtsgütern genügen auch weniger hoch bewertete Rechtfertigungsinteressen, um die Rechtswidrigkeit auszuschliessen. So vermag die Erziehungs- und Zuchtgewalt gegenüber Kindern (vgl. Hafer, Allg. Teil 161 ff.) Schläge und Freiheitsentzug, niemals aber eine Körperverletzung oder gar eine Tötung zu rechtfertigen (vgl. z. B. den Tatbestand von BGE 73 IV 165 ff. und Becker N 44 zu OR 41). Eine Rechtfertigungsnorm stellt z. B. MFG 33 dar, wonach landwirtschaftliche Fuhrwerke, die nachts vom Felde heimkehren, nicht beleuchtet sein müssen. Die Schädigungen von Drittpersonen, die durch diesen Mangel an Beleuchtung verursacht werden, gehen daher nicht zu Lasten des betr. Landwirtes; vgl. Semjud. 73, 116/17; BGE 76 II 170. Ueber die diesbezügliche Bedeutung von LFG 1 vgl. Riese, Luftrecht 256.

Von der Mühl 86 bezeichnet die hier vertretene Ansicht über die Ausschlussgründe der Rechtswidrigkeit als eine Spitzfindigkeit.

Einen Mittelweg beschreitet die Rechtsordnung, wenn sie ein privates Rechtsgut verletzendes Verhalten wegen des dadurch gewährten Interesses der Allgemeinheit oder des Schädigers zwar nicht verpönt, aber doch mit einer Schadenersatzpflicht verbindet. Vgl. den Schadloshaltungsanspruch gemäss GO 26 und ABGB 364a und dazu vorn § 2 N 43 sowie § 4 Abschn. IV und ausserdem Homberger, ZSR 49.

Als Rechtfertigungsgründe kommen nur Interessen in Frage, die nicht den Geschädigten betreffen⁴³⁾; denn dessen Interessen werden durch das schädigende Verhalten verletzt und nicht gewahrt. Es kann sich also nur um Interessen von anderen Personen handeln, wobei der Schädiger im Vordergrund steht.

Bei den Rechtfertigungsgründen spielen aber die Interessen der Allgemeinheit resp. einer Personenmehrheit neben denjenigen des Schädigers eine bedeutende Rolle. Die Rechtsordnung kann eine Rechtsgutsverletzung m.a.W. auch dann billigen, wenn damit nicht die Interessen des Schädigers, sondern der Allgemeinheit gewahrt werden, sofern sie diese Interessen höher bewertet als das verletzte Rechtsgut des Geschädigten^{43a)}.

Damit stellt sich die Frage, ob umgekehrt nicht auch die Verletzung von positiv bewerteten Interessen der Allgemeinheit durch das schädigende Verhalten als zivildeliktischer⁴⁴⁾ Rechtswidrigkeitsgrund in Frage kommt, nachdem diesen Interessen auch die Rolle als Rechtfertigungsgrund zukommen kann. Wir fragen also m.a.W., ob auch eine zivildeliktische Rechtswidrigkeit vorliegen könne, wo zwar kein Rechtsgut eines einzelnen Rechtssubjektes verletzt worden ist, das betreffende Verhalten aber aus andern Gründen verpönt wird⁴⁵⁾.

Es liegt auf der Hand, dass die Rechtsordnung die Interessen von Personenmehrheiten und der Allgemeinheit nicht nur dann berücksichtigen soll, wenn bei ihrer Wahrung ein privates Rechtsgut verletzt worden ist und sie daher als Rechtfertigungsgrund funktionieren können. Sie muss vielmehr auch eingreifen, wenn die Interessen der Allgemeinheit nicht gewahrt, sondern verletzt worden sind. Dies ist in der Praxis

33 a; v. Tuhr III 456/57; 472/73. Dieser Autor reiht wie Petitpierre ZSR 49, 69 a ff. die Fälle von Kausalhaftung i.w.S. hier ein; vgl. hinten nach N 77.

⁴³⁾ Einen Spezialfall stellt die Einwilligung des Geschädigten dar, die die Rechtswidrigkeit bei Rechtsgütern ausschliesst, über die der Geschädigte verfügen kann. Es handelt sich hier um einen Verzicht auf den Schutz der Rechtsordnung und nicht um eine Vergleichung der betroffenen Werte. Vgl. dazu Hafter, Allg. Teil 168; Von der Mühl 85 N 89; Oser/Schönenberger N 22 zu OR 41; Becker N 47 zu OR 41.

^{43a)} Vgl. BGE 76 II 288/89.

⁴⁴⁾ Wir bezeichnen der Kürze halber die Rechtswidrigkeit im Sinne des ausservertraglichen Schadenersatzrechts als zivildeliktisch, weil der Ausdruck «zivilrechtlich» ungenau wäre; denn den Normen des Zivilrechts liegen z. T. auch Interessen der Allgemeinheit zu Grunde und umgekehrt. Der Begriff der zivildeliktischen Rechtswidrigkeit besagt aber nicht, dass sich die Rechtswidrigkeit aus einer Norm des Zivilrechts ergebe; vgl. vorn N 18 und 41.

⁴⁵⁾ Vgl. Pfister 82.

auch der Fall, wobei namentlich an die polizeirechtlichen und viele staats- und strafrechtliche Verhaltensnormen — und ihre Sanktionen — erinnert sei, die z. T. mit privaten Rechtsgutsverletzungen nichts zu tun haben⁴⁶⁾. Soll nun aber die Schädigung eines einzelnen Rechtssubjektes durch die Verletzung einer solchen Verhaltensnorm nicht auch zivil-deliktsrechtlich rechtswidrig sein⁴⁷⁾? Und namentlich: Warum ist dies nicht der Fall?

Es besteht keine Denknöwendigkeit, der Widerrechtlichkeit vom Standpunkt der Allgemeinheit aus nicht auch im Schadenersatzrecht Rechnung zu tragen, wenn durch das betr. Verhalten zwar kein Rechtsgut verletzt, aber doch eine Privatperson geschädigt worden ist.

Diese Lösung würde aber der Forderung der formalen Gerechtigkeit widersprechen, wonach die Gleichheit in den Rechtsfolgen einer Gleichheit in den Voraussetzungen entsprechen muss⁴⁸⁾. Denn nach der geschilderten Auffassung würde der Schadenersatzanspruch eines ohne Rechtsgutsverletzung Geschädigten davon abhängen, ob — von ihm aus gesehen zufällig — durch das schädigende Verhalten auch ein rechtlich geschütztes Interesse der Allgemeinheit verletzt worden ist⁴⁹⁾.

⁴⁶⁾ Diese Frage stellt sich praktisch nur, wenn ein Vermögensschaden eines Privaten vorliegt, obschon kein Rechtsgut dieser Person verletzt worden ist. Dies ist möglich, weil das Vermögen kein Rechtsgut darstellt; vgl. v. Tuhr I 328; Oser/Schönenberger N 9 und 94 zu OR 41; Enneccerus/Lehmann 887; Staudinger/Engelmann N II A 2 e zu BGB 823; Hafter, Bes. Teil I 215 zu N 3; Degenkolb, ArchZivPr. 76, 52. Demgegenüber wird in BGE 22, 532/33 das Vermögen als Rechtsgut erwähnt, dessen Verletzung einen Verlöbnißbruch zum rechtswidrigen mache. Wenn das Vermögen ein Rechtsgut darstellen würde, wäre jede Schädigung rechtswidrig, bei der keine Rechtfertigungsgründe vorliegen würden, womit wir zur subjektiven oder absoluten Theorie zurückkehren würden; vgl. vorn zu N 19.

⁴⁷⁾ Es handelt sich um den Fall des fehlenden sog. adaequaten Kausalzusammenhanges zwischen dem Verstoss gegen eine Norm und dem Schaden; vgl. vorn zu N 33 und 35.

Vgl. auch die in der deutschen Literatur vertretene Auffassung, dass als Schutznormen im Sinne von BGB 823 die Vorschriften zum Schutze der Gesamtheit nur dann gelten, wenn sie auch den Einzelnen schützen; vgl. Enneccerus/Lehmann 892; Specker 24/25; Bauer 49 ff., 64; Staudinger/Engelmann N III A 2a zu BGB 823; vgl. auch v. Liszt 26/27.

⁴⁸⁾ Vgl. vorn § 1 zu N 85—86.

⁴⁹⁾ So stellt der Verkauf einer Ware durch einen Aussenseiter unter den Kartellpreisen keine unerlaubte Handlung im Sinne von OR 41 dar (vgl. BGE 57 II 339). Er kann aber vom Standpunkt der Allgemeinheit aus rechtswidrig und strafbar sein, wenn es sich z. B. um technische Gifte handelt, die nicht entsprechend den einschlägigen Vorschriften bezeichnet worden sind. Es wäre ungerecht, wenn die Mitglieder des Kartells bei mangelhafter Beschriftung Schadenersatz verlangen könnten, während dies sonst nicht der Fall ist.

Die fragliche Lösung könnte aber auch nicht befriedigen, weil die Sanktion des Zivildelikts, der Schadenersatzanspruch, der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses der Allgemeinheit nicht angemessen ist. Die rechtlich geschützten Interessen der Allgemeinheit sind meistens nicht vermögensrechtlicher Natur. Es handelt sich vielmehr um immaterielle Werte der Ermöglichung und Ordnung des menschlichen Zusammenlebens, der gemeinsamen Verteidigung, der Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung, der gemeinsamen Wohlfahrt⁵⁰⁾ usw. Diesen Werten müssen die Rechtsfolgen ihrer Verletzung angepasst sein: Strafe⁵¹⁾ als Sühne, sowie zur Spezial- und Generalprävention, Verwaltungszwang, Erfüllungszwang usw.

Demgegenüber dient der Schadenersatz — worauf übrigens auch der Name dieser Sanktion hindeutet — in erster Linie der Korrektur des eingetretenen Vermögensverlustes des Geschädigten und nur sekundär der Uebelszufügung⁵²⁾. Daher hängt die Schwere dieser Sanktion weitgehend von Umständen ab, die der Schädiger nicht zu vertreten hat, die vielmehr ausschliesslich durch die Verhältnisse des Geschädigten bedingt werden: Die Höhe des Schadenersatzes richtet sich fast ausschliesslich nach der Höhe des zugefügten Schadens, während der Schwere des Verschuldens bei der Schadenersatzbemessung nur eine untergeordnete Rolle zukommt⁵³⁾. Wenn z. B. zwei Automobilisten durch genau gleiches

⁵⁰⁾ Vgl. Art. 2 BV.

⁵¹⁾ Namentlich die Strafe dient auch dem Schutz privater Rechtsgüter, wie auch die Schadenersatzpflicht nicht nur die Folgen des Unrechts lindert, sondern zugleich für den Schädiger ein Uebel darstellt (vgl. Pfister 55; v. Tuhr III 472).

⁵²⁾ Vgl. Känzig 95 ff.; Pfister 55; v. Liszt 1; v. Tuhr III 472. Oser/Schönenberger N 2 zu OR 43 verneint den Zweck der Uebelszufügung ganz. — Neben der Schadenersatzpflicht kennt das Zivilrecht noch die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche; vgl. hinten Abschn. II.

⁵³⁾ Vgl. Cochand 49. Nach OR 43 hat der Richter bei der Bestimmung von Art und Grösse des Schadenersatzes die Grösse des Verschuldens zu würdigen. Diese Bestimmung hat aber keine sehr praktische Bedeutung erlangt. Ein Strafcharakter kommt deswegen dem Schadenersatz nicht zu (vgl. Oser/Schönenberger N 2 zu OR 43). Becker (N 8 zu OR 43) befürwortet die Idee, dass die Grösse des Verschuldens und die Höhe des Schadenersatzes in einem gewissen Verhältnis zu einander stehen sollen; vgl. BGE 32 II 465 und die dort zit. Literatur und Praxis; 38 II 478; 52 II 457; 53 II 430; Oftinger I 206; C. Chr. Burckhardt, ZSR 22, 493; Cochand 50, namentlich N 19 und die dort zit. Rechtsprechung und Literatur; Mommsen 255 ff.; Degenkolb, ArchZivPr. 76, 79; Jhering, Schuldmoment 215 ff. Die von Becker und Oftinger zit. Bemerkung Bluntschli zu § 999 des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich bezieht sich auf den Schadenersatz aus Vertrag, wird aber in § 1847 über den ausservertraglichen Sachschaden erwähnt; vgl. auch § 1844 des zit. Gesetzes, wo bei Tötung mit Vorsatz oder aus grober

schuldhaftes Verhalten je einen Fussgänger töten, kann es sich beim einen Opfer um einen Landstreicher ohne Angehörige handeln, sodass sich der Schaden im Sinne des Haftpflichtrechts auf die geringen Bestattungskosten beschränkt. Wenn es sich beim andern Fussgänger um einen jüngeren Familienvater mit höherem Einkommen handelt, macht der verursachte Schaden ein Vermögen aus. Während also beide Automobilisten das gleiche Verschulden trifft und sie daher auch — wenigstens ungefähr — gleich bestraft werden, ist es ohne weiteres möglich, dass der eine hundertmal mehr Schadenersatz leisten muss als der andere.

Die Funktion des Schadenersatzes ergibt sich auch aus der Tatsache, dass man sich gegen seine Haftpflicht versichern kann, während diese Abwälzung der Sanktion bei der Strafe selbstverständlich nicht zulässig ist ⁵⁴⁾).

Wir kommen also zum Schluss, dass die Interessen der Allgemeinheit zwar geeignet sind, gegebenenfalls die Rechtswidrigkeit einer Rechtsverletzung auszuschliessen, dass ihre Verletzung aber keine zivil-deliktsche Rechtswidrigkeit mit sich bringt. Dieses Resultat weist nur scheinbar einen inneren Widerspruch auf; denn die Geschlossenheit der Rechtsordnung verlangt nur, dass die Verletzung niederer Interessen nicht trotz der gleichzeitigen Wahrung höherer Interessen als rechtswidrig erscheint, nicht aber, dass die Sanktion des Schadenersatzes an jede Art von Rechtswidrigkeit geknüpft werde. Für die Verletzung der geschützten Interessen der Allgemeinheit sind vielmehr Sanktionen anderer Art vorgesehen.

—

Fahrlässigkeit voller Schadenersatz ohne Berücksichtigung des geerbten Vermögens vorgesehen wird, während Abs. 2 bestimmt, dass bei geringer Fahrlässigkeit bei der Bemessung des Versorgerschadens «nur die Nothdurft der hinterlassenen Familie berücksichtigt» wird. Vergleiche im weiteren die §§ 1847/18 betr. den Sachschaden. Die in OR 44 II vorgesehene Berücksichtigung der Situation des Haftpflichtigen ist entsprechend diesen Grundgedanken auf die Fälle, in denen weder Absicht noch grobe Fahrlässigkeit im Spiele waren, beschränkt; vgl. dazu BGE 52 II 457. Auch bei der Verteilung des Schadens unter mehrere Ersatzpflichtige kommt der Grösse des Verschuldens gemäss OR 50, 51, VVG 72 und MFG 38 II entscheidende Bedeutung zu; vgl. Cochand 51.

⁵⁴⁾ In gewisser Beziehung nimmt die Genugtuung eine Mittelstellung ein: Das poenale Moment steht mehr im Vordergrund als beim Schadenersatz. Andererseits erstreckt sich die Haftpflichtversicherung aber doch auch auf die Genugtuung.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die zivildeliktische Rechtswidrigkeit sich immer aus der Verletzung eines Rechtsgutes des Geschädigten ergibt ⁵⁵⁾, während die Rechtfertigungsgründe sowohl auf den höheren Interessen des Schädigers als auch der Allgemeinheit beruhen können.

Eine Konsequenz unserer Auffassung besteht darin, dass die Verletzung eines durch irgend eine Norm als Rechtsgut anerkannten privaten Gutes immer zivildeliktisch rechtswidrig ist, auch wenn die speziellen Voraussetzungen dieser Norm (z. B. einer Strafnorm, die die Verletzung eines privaten Gutes nur unter bestimmten Umständen unter Strafe stellt) nicht gegeben sind ⁵⁶⁾ — sofern keine genügenden Rechtfertigungsgründe vorliegen. Andererseits kann ein bestimmtes Verhalten, durch das kein generell geschütztes Gut verletzt wird, nicht unter bestimmten besonderen Voraussetzungen als zivildeliktisch rechtswidrig angesehen werden ⁵⁷⁾.

⁵⁵⁾ A.M. Bienenfeld 403; Roemer 57; in BGE 64 II 260 wird neben der Verletzung auch die Gefährdung bestimmter Rechtsgüter als rechtswidrig erklärt, wenn sie nicht durch irgend eine Notwendigkeit des praktischen Lebens begründet wird.

Für die Schadenersatzpflicht kann aber doch nur die Verletzung des Rechtsgutes massgebend sein. Richtigerweise wird die Rechtswidrigkeit wohl auch in dem vom Bundesgericht beurteilten Fall der mangelhaften Reparatur eines Steiggurtes aus der dadurch adaequat verursachten Körperverletzung abgeleitet.

⁵⁶⁾ Vgl. v. Liszt 28.

⁵⁷⁾ Die speziellen Bestimmungen einer Verhaltensnorm umschreiben häufig ein bestimmtes Rechtsgut, das seinerseits generell geschützt ist. Die Rechtsgüter ergeben sich vielfach nur indirekt aus den Verhaltensnormen; vgl. Specker 23; Burckhardt, SZStr. 15, 239.

Die Funktion vieler Verhaltensnormen besteht im übrigen nicht in der Statuierung der zivildeliktischen Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens; denn das in Frage stehende Gut ist vielfach ohnehin geschützt. So liegt z. B. die zivilrechtliche Bedeutung der Strassenverkehrs-Vorschriften nicht auf der Ebene der Widerrechtlichkeit sondern des Verschuldens, das sich dann nur noch auf die Gesetzwidrigkeit des Verhaltens und nicht mehr auf die Schädigung beziehen muss. Vgl. Richard 315; v. Tuhr/Sieggwart I 355/56; BGE 30 II 252; 31 II 284, 627; 46 II 51; 56 II 372; 58 II 215.

Mazeaud I N 389 betont den auch im schweizerischen Recht geltenden Grundsatz, dass die Befolgung solcher Vorschriften nicht davon entbindet, weitere, gegebenenfalls gebotene Vorsichtsmassnahmen zu ergreifen; vgl. auch Savatier I N 181; Semjud. 73, 116/17.

In diesem Sinne wird von verschiedenen Autoren auch die Bedeutung der Schutzgesetze gemäss BGB 823 II verstanden; vgl. Bauer 77 ff. und namentlich v. Liszt 35, der abgesehen von diesem Punkt BGB 823 II als überflüssig bezeichnet (S. 33).

Sofern diese theoretischen Ueberlegungen richtig sind, müssen sie mit der geltenden Rechtsordnung und der Praxis der Gerichte übereinstimmen^{58) 59)}.

Der zweite Abschnitt des zweiten Titels des Besonderen Teils des StGB trägt die Ueberschrift: «Strafbare Handlungen gegen das Vermögen überhaupt». Nun ergibt sich aber aus unserer Auffassung zwangsläufig, dass das Vermögen als solches kein allgemein geschütztes Rechtsgut ist⁶⁰⁾. Es frägt sich daher, ob im erwähnten Abschnitt des StGB nicht Schutznormen zugunsten des nicht als Rechtsgut anerkannten Vermögens gegen bestimmte Arten seiner Verletzung enthalten sind⁶¹⁾, ohne dass dadurch spezielle andere Güter generell geschützt werden.

Die nähere Untersuchung zeigt aber, dass auch die Strafnormen dieses Abschnittes ganz bestimmte Rechtsgüter schützen, nicht nur das Vermögen. So ist das durch die Betrugsbestimmung geschützte Rechtsgut in Treu und Glauben im Verkehr zu sehen⁶²⁾. Dieses Rechtsgut wird auch durch die verschiedenen betrugsähnlichen Tatbestände von StGB 149 ff. geschützt⁶³⁾. Die ungetreue Geschäftsführung im Sinne von StGB 159 stellt einen Treubruch⁶⁴⁾ dar und der Erpressungstatbestand richtet sich gegen die Beeinträchtigung der Freiheit⁶⁵⁾. Chantage (StGB 156 II) und Wucher sind Ausbeutungsdelikte. Diese Strafnormen richten sich gegen die Ausbeutung einer durch irgendwelche Verhältnisse bereits gegebenen inneren oder äusseren Unfreiheit. Auch hier ist daher die persönliche Freiheit als das geschützte Rechtsgut zu betrachten.

Auch bei den durch die reiche Gerichtspraxis entwickelten Fällen von Rechtswidrigkeit lässt sich immer ein vom Vermögen zu unterscheidendes Rechtsgut feststellen, das generell geschützt wird⁶⁶⁾. Dies sei an einigen schwierigeren Beispielen gezeigt:

⁵⁸⁾ Vgl. vorn § 1 zu N 74 und 102.

⁵⁹⁾ Durch die entwickelte Theorie wird auch die feststehende Auffassung von Literatur und Praxis erklärt, wonach nur der unmittelbar Geschädigte deliktische Schadenersatzansprüche erheben kann; vgl. Oser/Schönenberger N 52 zu OR 41; Becker N 115 zu OR 41; v. Tuhr/Siegwart I 370; Oftinger I 37 ff.; BGE 52 II 263; 57 II 181; 63 II 21.

⁶⁰⁾ Vgl. vorn N 46.

⁶¹⁾ Darin sehen verschiedene Autoren einen Teil der Bedeutung von BGB 823 II; vgl. Bauer 68/69; v. Tuhr III 458/59; Enneccerus/Lehmann 887; vgl. ferner für das schweizerische Recht Pfister 82.

⁶²⁾ Vgl. Hafer, Bes. Teil I 258 N 1.

⁶³⁾ Hafer erwähnt dies ausdrücklich für StGB 152 in Bes. Teil I 286 und für die Warenfälschung in Bes. Teil II 560, namentlich N 4.

⁶⁴⁾ Vgl. Hafer, Bes. Teil I 319; meistens liegt hier auch eine Vertragsverletzung vor.

Bei Handlungen, namentlich Aeusserungen, die das persönliche und wirtschaftliche Ansehen einer Person, ihre Geltung und ihren Kredit objektiv zu schädigen geeignet sind, hat das Bundesgericht in konstanter Praxis die Rechtswidrigkeit bejaht, wenn die Behauptungen falsch waren⁶⁷⁾. Diese Rechtsprechung könnte dahingehend interpretiert werden, dass es nicht auf die Beeinträchtigung des Ansehens ankomme — diese kann bei wahren Angaben ebenso gross sein wie bei unwahren — sondern auf die Interessen der Allgemeinheit an der Förderung und Regelung des menschlichen Zusammenlebens, resp. auf die Verletzung allgemeiner ethischer Werte. Diese Umstände würden dabei nicht als Rechtfertigungs-, sondern als Rechtswidrigkeitsgründe erscheinen.

Richtigerweise ist aber das Ansehen, das einen Teil des Persönlichkeitsrechts darstellt, als Rechtsgut zu betrachten, sodass seine Schmälerung durch wahre und unwahre Aeusserungen an sich rechtswidrig ist. Wenn die Angaben aber objektiv richtig sind, liegt darin ein Rechtfertigungsgrund, der gegenüber der Rechtsgutsverletzung überwiegt⁶⁸⁾.

Einen interessanten Spezialfall stellt die Kritik, dh. die sachliche Beurteilung von künstlerischen Leistungen, von Regelungen des öffentlichen Lebens usw. dar. Auch die negative Kritik verletzt das Rechtsgut des Ansehens. Da der Kritik aber in Kunst, Wissenschaft und Politik eine grosse Bedeutung zukommt, wird diese Rechtsgutsverletzung auch dann gerechtfertigt, wenn die Kritik sachlich nicht zutreffend, irrtümlich ist. Diese Privilegierung fällt aber dahin, wenn es sich nicht mehr um sachliche Würdigung einer Leistung oder einer Regelung, sondern um einen persönlichen Angriff gegen den Kritisierten handelt⁶⁹⁾.

⁶⁵⁾ Hafter, Bes. Teil I 288.

⁶⁶⁾ In BGE 33 II 567/68 wird die Rechtswidrigkeit ausdrücklich als Rechtsgutsverletzung qualifiziert; vgl. auch BGE 20, 139; 22, 184/85, 1136; 32 II 279. Wenn in BGE 75 II 208 ff. festgestellt wird, dass die zivildeliktische Rechtswidrigkeit keine Verletzung eines subjektiven Rechts, sondern nur eine «injonction du régime juridique» voraussetze, so spricht diese durch den heiklen Begriff des subjektiven Rechts beeinflusste Umschreibung nicht gegen unsere Theorie. Das Bundesgericht sieht hier in der Verletzung des Postregals eine unerlaubte Handlung gegenüber dem Post-Konzessionär. Damit qualifiziert es das Interesse dieses Konzessionärs am Unterbleiben der Konkurrenz als Rechtsgut.

⁶⁷⁾ Vgl. BGE 11, 201, 530; 13, 85, 541; 18, 856; 31 II 431; 33 II 591; 34 II 22; 36 II 28; 38 II 636; 40 II 353; 41 II 82.

⁶⁸⁾ Dieser Rechtfertigungsgrund entfällt, wenn die Behauptungen zwar wahr sind, aber lediglich aus Gehässigkeit, persönlichen Motiven, Sensationslust usw. erfolgen; vgl. BGE 32 II 498.

⁶⁹⁾ Vgl. BGE 11, 202; 15, 445; 33 II 237; Oser/Schönenberger N 31/32 zu OR 41; ausserdem BGE 71 IV 233. Eine ähnliche Regelung gilt für die falschen An-

Auch in einem Prozessverfahren liegen in bezug auf die Rechtswidrigkeit ehrverletzender und kreditschädigender Aeusserungen besondere Verhältnisse vor. Unwahre sachliche Aeusserungen sind hier nicht widerrechtlich, soweit sie zum Zwecke der Wahrung berechtigter Interessen erfolgen. Eine unerlaubte Handlung liegt nur vor, wenn die Aeusserungen wegen ihrer Form eine Ehrverletzung darstellen oder wenn der böse Glauben oder das Vorbringen wider besseres Wissen die Rechtfertigung ausschliessen ⁷⁰⁾ ⁷¹⁾.

Im weiteren sei hier auf die deliktischen Schadenersatzansprüche wegen Verlöbnißbruch verwiesen ⁷²⁾. Nach der bundesgerichtlichen Judikatur ist ein Verlöbnißbruch nicht an sich eine unerlaubte Handlung, sondern nur unter besonderen Umständen: wenn der Rücktritt z. B. in verletzender Form geschieht, wenn der Zurücktretende den andern Teil böswillig getäuscht hat, wenn er ihn dem Spott aussetzt oder in einer Art und Weise vom Verlöbniß zurücktritt, dass der gute Ruf des andern Teiles gefährdet wird usw. Die schmerzliche Kränkung allein, die wohl in den meisten Fällen mit einem Verlöbnißbruch verbunden ist, genügt nicht zur Widerrechtlichkeit. Es muss vielmehr auch hier ein bestimmtes besonderes Rechtsgut verletzt werden ⁷³⁾.

Die gleichen Grundsätze lassen sich auch in der Rechtsprechung über die Widerrechtlichkeit einer ungerechtfertigten Strafanzeige ⁷⁴⁾, des Be-

gaben der Auskunftsbüros, die dann beweisen müssen, dass sie ihre Erhebungen mit der nötigen Umsicht gemacht haben; vgl. BGE 43 II 238 und in bezug auf die Auskunft eines öffentlichen Beamten BGE 16, 802; ausserdem Oser/Schönenberger N 38 zu OR 41.

⁷⁰⁾ Vgl. BGE 16, 554; 30 II 443; 34 II 22; 35 II 607; ausserdem BGE 70 IV 26; 71 IV 189; ZbJV 87, 177.

⁷¹⁾ Vgl. auch die frühere Rechtsprechung, wonach bei einem Eingriff in ein Persönlichkeitsrecht durch die Presse die Widerrechtlichkeit fehle, wenn er in guten Treuen erfolge. Richtiger ist wohl die in BGE 68 II 131 angedeutete neuere Auffassung, dass auch bei Pressedelikten durch den guten Glauben nur das Verschulden, nicht aber die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird.

⁷²⁾ Ausser Betracht lassen wir die auf dem Familienrecht beruhenden Ansprüche, die vor 1912 durch das kantonale Recht (vgl. BGE 15, 432) und heute durch ZGB 92/93 geregelt werden; vgl. Egger N 9 zu ZGB 92.

⁷³⁾ Vgl. BGE 22, 532, 1136; 26 II 609.

⁷⁴⁾ Durch jede Strafanzeige wird ein Rechtsgut beeinträchtigt. Diese Schädigung wird aber gerechtfertigt, wenn der Anzeiger weder wissentlich noch fahrlässig falsche Anschuldigungen erhoben resp. entlastende Umstände verschwiegen hat; vgl. BGE 12, 239; 14, 647; 16, 393; 17, 162, 676; 19, 870; 21, 508; 22, 81; 33 II 617; 39 II 222; 41 II 352; 44 II 432; Oser/Schönenberger N 35/36 zu OR 41; vgl. auch BGE 69 IV 116; FR 1924/25, 35.

truges als Zivildelikt und der betrugsähnlichen Tatbestände⁷⁵⁾, sowie des Boykottes und der Sperre⁷⁶⁾ nachweisen. Eindeutig liegen sie auf der Hand bei Tötung, Körperverletzung, Sachbeschädigung usw. Auch der Besitz stellt ein Rechtsgut dar^{76a)}).

b) *Die Rolle der Rechtswidrigkeit bei den Kausal- und Gefährdungshaftungen*: Ueber die Rolle der Rechtswidrigkeit bei den Haftungen ohne Verschulden finden wir in der Literatur relativ wenige Meinungsäusserungen⁷⁷⁾. Nach *Känzig*⁷⁸⁾ liegt den gewöhnlichen Kausalhaftungen die Verletzung einer Aufsichts- und Besorgungspflicht zu Grunde, während es sich bei den Gefährdungshaftungen um reine Haftung ex lege handle, die Rechtswidrigkeit also keine Rolle mehr spiele. In ähnlicher Weise will auch *Pfister*⁷⁹⁾ bei den gewöhnlichen Kausalhaftungen auf die Rechtswidrigkeit nicht verzichten. Auch *Rensing*⁸⁰⁾ anerkennt für das OR ganz allgemein die Regel, dass ohne Widerrechtlichkeit keine Schadenersatzpflicht bestehe. Im weiteren sei auf *Petitpierre*⁸¹⁾ und *Homberger*⁸²⁾ verwiesen, die beide bei den gewöhnlichen Kausalhaftungen die Verletzung einer gesetzlichen Sorgfaltspflicht annehmen. In Bezug auf die Gefährdungshaftungen vertritt *Homberger* wie *Känzig* den Standpunkt, dass es sich hier um eine Ersatzpflicht für rechtmässiges Verhalten handle. Auch *Häberlin*⁸³⁾ weist bei der Erwähnung der Ansprüche, die sich auf besondere Rechtssätze gründen und ohne Rechtswidrigkeit entstehen, namentlich auf die Haftpflichtgesetzge-

⁷⁵⁾ Verletztes Rechtsgut ist hier, wie auch im Strafrecht, Treu und Glauben im Verkehr, wobei aber selbstverständlich nicht alle Voraussetzungen des Straftatbestandes gegeben sein müssen; vgl. BGE 13, 234; 19, 574; 21, 625; 23 II 1074, 1755; 25 II 886; 26 II 226; 29 II 93/94; 40 II 612; 41 II 367; 49 II 64; 61 II 187; 71 II 154.

⁷⁶⁾ Die Rechtsprechung über Boykott und Sperre hat verschiedene Wandlungen durchgemacht; vgl. die Zusammenfassungen in BGE 56 II 435/36; 57 II 270/71, 341/42; Oser/Schönenberger N 40 ff. zu OR 41; Stauffer, ZbJV 87, 11 und ausserdem BGE 22, 184/85; 30 II 237, 283; 40 II 619; 41 II 443, 511; 44 II 480; 48 II 327; 51 II 529; 57 II 339, 490; 58 II 225; 76 II 284 ff.

^{76a)} Die Schadenersatzansprüche gemäss ZGB 927 und 928 basieren dementsprechend auf OR 41; vgl. Homberger N 27 zu ZGB 927 und N 23 zu ZGB 928; Roemer 46/47.

⁷⁷⁾ Vgl. Moll 82.

⁷⁸⁾ Vgl. 241 ff.

⁷⁹⁾ 47 und 54.

⁸⁰⁾ 9.

⁸¹⁾ ZSR 49, 69a/70a.

⁸²⁾ ZSR 49, 28a, 30a; auf diesen Autor stützt sich Moll 81 in erster Linie.

⁸³⁾ 15.

hung hin. Die gleiche Auffassung vertritt *v. Tuhr*⁸⁴⁾, wobei er neben den Gefährdungshaftungen auch die Haftpflicht des Tierhalters nach BGB 833 I und die Pflicht zur Schadloshaltung nach GO 26⁸⁵⁾ erwähnt. Auch *von der Mühl*⁸⁶⁾ bezeichnet die Gefährdungshaftungen als Haftungen für rechtmässig zugefügten Schaden und *Guhl*⁸⁷⁾ betont, dass bei den Gefährdungshaftungen die Rechtswidrigkeit so wenig Voraussetzung sei wie das Verschulden.

Diese wenigstens in den grossen Zügen übereinstimmenden Auffassungen führen zur Frage, ob bei den gewöhnlichen Kausalhaftungen eine Schadenersatzpflicht auch dann eintrete, wenn zwar die Sorgfaltspflicht nicht erfüllt worden ist, aber doch kein Rechtsgut verletzt, sondern reiner Vermögensschaden i.e.S. verursacht wurde⁸⁸⁾. Bei den Gefährdungshaftungen erübrigt sich diese Frage, weil die einschlägigen Haftungsbestimmungen ausdrücklich nur Tötung, Körperverletzung und Sachschäden erwähnen⁸⁹⁾. Dagegen ist hier zu prüfen, ob die Rechtfertigungsgründe gegenüber den Gefährdungshaftungen gar nicht in Betracht fallen^{90) 91)}.

⁸⁴⁾ III 473/74.

⁸⁵⁾ Vgl. vorn § 4 Abschn. IV, namentlich N 87.

⁸⁶⁾ 87/88; vgl. auch Riese, Luftrecht 257, wo dem Grundeigentümer bei Störungen durch Flugzeuge die Unterlassungsklage gestützt auf LFG 1 verwehrt, aber die Schadenersatzklage eingeräumt wird; vgl. ausserdem S. 340.

⁸⁷⁾ 140.

⁸⁸⁾ Vgl. die entsprechende Fragestellung bei der Verschuldenshaftung vorn zu N 39. — Ein reiner Vermögensschaden tritt z. B. ein, wenn eine rassenreine Hündin durch einen Bastard gedeckt wird und deshalb wertlose Junge wirft.

⁸⁹⁾ ELG 27 schliesst daneben die Haftung für Störungen im Geschäftsbetrieb vollständig aus, was sich aber nach Oftinger II 766 ff.; Schärer N VII zu ELG 27 und Moll 131/32 auf die Folgeschäden bezieht. In Art. 13 des BG über Jagd und Vogelschutz wird die reine Kausalhaftung des Jägers nicht auf Personen- und Sachschäden beschränkt.

Es ist hier darauf hinzuweisen, dass Leben, Gesundheit und Eigentum zu den höchsten Rechtsgütern gehören.

Es fragt sich, ob die Aufzählung dieser Rechtsgüter in den fraglichen Haftungsnormen als abschliessend angesehen werden muss oder nicht. In bezug auf die Beschränkung von MO 28 auf Sachbeschädigungen unter Ausschluss von blossen Wertverminderungen vgl. SJZ 47, 143.

⁹⁰⁾ Wenn diese Frage bejaht wird, ergibt sich daraus ein nicht leicht zu rechtfertigender Unterschied zur Verschuldenshaftung.

⁹¹⁾ Diesen Fragen kommt nur in Ausnahmefällen praktische Bedeutung zu. Von der Mühl 89 bezeichnet es sogar als Geschmacksache, ob hier an der Voraussetzung der Rechtswidrigkeit festgehalten werde oder nicht.

Wenn wir untersuchen, wie weit die auf der Rechtsgutsverletzung beruhende Theorie der Rechtswidrigkeit auf die Haftungen ohne Verschulden auszudehnen sei oder ob diese Haftungsarten eventuell sogar Gegenargumente gegen sie darstellen ⁹²⁾, ist vorerst auf die Frage einzutreten, ob bei Haftungen ohne Verschulden begrifflich überhaupt noch von Widerrechtlichkeit die Rede sein könne; denn da jede Rechtswidrigkeit eine Normwidrigkeit darstellt, kann ihr Bereich nur so weit gehen, wie der Bereich der betr. Normen. Ein Geschehen, das von den Rechtsnormen gänzlich unabhängig ist, dh. das nicht rechtlich bewertet werden kann — z. B. ein Naturereignis — kann auch nicht rechtswidrig sein. Trotzdem ist es nicht begrifflich unmöglich, Rechtsfolgen, z. B. auch eine Kausalhaftung, daran zu knüpfen.

v. Tuhr ⁹³⁾ hat diesen Sachverhalt wenigstens in einer Beziehung klar dargelegt. Er betont, dass das normwidrige Verhalten einer Person, die eine Rechtsnorm nicht kennt oder wegen Geisteskrankheit oder Jugendlichkeit nicht zu erfassen vermag ⁹⁴⁾, trotz der subjektiven Entschuldbarkeit objektiv unrechtmässig ist; denn die Rechtsnormen gelten für jeden Menschen, ohne Rücksicht auf seine geistige Entwicklung oder seine Abnormität. Sie haben aber keine Geltung für Tiere und Naturkräfte. Von einem Unrecht kann daher nicht gesprochen werden, wenn die durch den Inhalt eines Rechts gewährte Herrschaft anders als durch menschliches Verhalten beeinträchtigt wird. *v. Tuhr* erwähnt den Eigentümer eines Tieres, der dadurch geschädigt wird, dass es ihm entläuft, und die Schädigung durch ein Naturereignis ⁹⁵⁾.

Die Darlegungen *v. Tuhrs* beziehen sich auf das objektiv unrechtmässige Verhalten eines Menschen im Gegensatz zum Wirken von Tieren und Naturkräften. Damit ist aber die Abgrenzung gegenüber dem rechtlich neutralen Geschehen noch nicht vollständig. Es sind noch die hier interessierenden Fälle zu erwähnen, da das menschliche Verhalten zwar nicht von vornherein normwidrig ist, sondern nur die Möglichkeit eines von weiterem menschlichem Verhalten unabhängigen Ereignisses schafft, dessen mehr oder weniger direkte Herbeiführung rechtswidrig wäre ⁹⁶⁾.

⁹²⁾ Dies ist der Fall, wenn die herrschende Meinung über die Widerrechtlichkeit bei den Kausalhaftungen i.e.S. richtig ist.

⁹³⁾ III 453/54.

⁹⁴⁾ Vgl. BGE 71 II 227.

⁹⁵⁾ Es handelt sich hier um die objektive Rechtswidrigkeit im Sinne von Oftinger I 99.100; vgl. auch Bienenfeld 401/02; die gegenteilige Auffassung vertritt Moll 81.

⁹⁶⁾ Es handelt sich hier um die Frage der Berücksichtigung des Kausalzusammenhanges unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit. Vgl. Bienenfeld 402.

Einen Anhaltspunkt für die Beurteilung dieser Frage bildet die Rechtsprechung, nach der die Schaffung eines als gefährlich erkennbaren Zustandes eine unerlaubte Handlung im Sinne von OR 41 darstellt, sofern keine Schutzmassnahmen getroffen werden⁹⁷⁾. Daraus ergibt sich, dass eine Schädigung auch dann rechtswidrig sein kann, wenn sie zwar nicht direkt von einem Menschen verursacht wurde, sondern wenn nur ein Mensch in erkennbarer Weise die Möglichkeit dazu geschaffen hat. So ist selbst die Tötung durch eine Lawine rechtswidrig, wenn ein Bauherr ein Miethaus auf einem Platz erstellt hat, den er billig kaufen konnte, weil er nicht als ganz lawinensicher galt, und wenn dieses Haus dann viele Jahre später von einer Lawine verschüttet wurde. Objektiv rechtswidrig ist also nicht nur das ein Rechtsgut verletzende Verhalten eines Urteilsunfähigen, sondern auch die Rechtsgutsverletzung durch von menschlichem Verhalten unabhängige Ereignisse, sofern ein Mensch wenigstens eine gewisse, wenn auch nur geringe Möglichkeit ihres Eintritts geschaffen hat.

Die Schaffung eines gefährlichen Zustandes im Sinne der zit. Rechtsprechung kann nach unseren früheren Ausführungen aber nur dann rechtswidrig sein, wenn die Möglichkeit der Verletzung eines Rechtsgutes besteht und die zivildeliktische Rechtswidrigkeit entsteht auch erst in diesem Zeitpunkt. Wenn es sich um eine Gefahr für das Vermögen an sich — ohne Rechtsgutsverletzung — handelt, stellt die nachfolgende Verletzung keine Rechtswidrigkeit dar.

Vom Standpunkt der Rechtswidrigkeit aus stellen die Kausalhaftungen i.e.S.⁹⁸⁾ Einzelfälle dar, in denen diese Ueberlegungen vom Gesetzgeber generell als massgebend statuiert worden sind. Durch die Haltung von Tieren, den Bau von Werken usw. wird häufig eine Möglichkeit zur Schädigung von Drittpersonen geschaffen, die eine Haftung mit sich bringt, wenn nicht die nötigen Schutzmassnahmen — Erfüllung der Sorgfaltspflicht — getroffen werden.

Auf Grund dieser Ueberlegungen können die Kausalhaftungen i.e.S. zwanglos mit der Theorie der Rechtsgutsverletzung in Uebereinstim-

⁹⁷⁾ Vgl. BGE 11, 61; 21, 625; 24 II 212; 29 II 65; 33 II 557; 34 II 18; 35 II 441; 36 II 21; 38 II 488; 45 II 647; 51 II 78; 57 II 167, 314; 60 II 40.

⁹⁸⁾ Vgl. über diesen Begriff hinten N 113.

Diese Ueberlegungen gelten nur unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit. Die Gefährdung soll damit nicht zum Haftungsgrund dieser Gruppe von Haftungsarten erhoben werden, was namentlich wegen des Sorgfaltsbeweises unrichtig wäre.

mung gebracht werden. Sie sind dann auch nur auf Rechtsgutsverletzungen anwendbar ⁹⁹⁾).

Auch bei den Gefährdungshaftungen wird die Möglichkeit der Schädigung immer von einem Menschen geschaffen. Die Rechtsgutsverletzung durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges, einer Eisenbahn, einer elektrischen Anlage usw. liegt also nicht ausserhalb des Bereiches der Rechtsordnung. Der Autohalter schafft die Möglichkeit zur Rechtsgutsverletzung in ähnlicher Weise wie der Schütze, der seine Waffe nicht entlädt und der unvorsichtige Tierhalter. Die Wirkung des Betriebes eines Autos unterliegt der rechtlichen Beurteilung.

Die Ablehnung der Rechtswidrigkeit der Schädigung in den Fällen von Gefährdungshaftungen und z. T. auch von Kausalhaftungen i. e. S. durch die vorn zit. Autoren beruht aber nicht auf der Beantwortung dieser Frage, sondern auf dem Umstand, dass die Rechtsordnung die Schaffung des gefährlichen Zustandes, der auch bei grösster Sorgfalt zu Schädigungen führt — z. B. den Betrieb eines Automobils — keineswegs verpönt ¹⁰⁰⁾.

Da aber mindestens in den meisten Fällen von Gefährdungshaftung ein Rechtsgut verletzt worden ist, liegt der Schluss nahe, dass es sich um rechtmässige Rechtsverletzung handle ¹⁰¹⁾. Er befriedigt aber nicht, weil die der Rechtfertigung von Rechtsgutsverletzungen zu Grunde liegende Abwägung der einander gegenüber stehenden Interessen im Einzelfall hier meistens zum eindeutigen Resultat führt, dass das verletzte Rechtsgut viel höher zu bewerten ist als die entgegenstehenden Interessen des betr. indirekten Schädigers und ev. auch der Allgemeinheit an der Tätigkeit desselben ¹⁰²⁾ ¹⁰³⁾. Nur bei der generellen Gegenüberstellung der Interessen aller Gefährdungshaftpflichtigen einer bestimmten

⁹⁹⁾ Vgl. Froelicher 71. Rothenhäusler 114 spricht auch bei der Werkeigentümergehaftung von rechtmässiger Interessenverfolgung.

¹⁰⁰⁾ Vgl. Von der Mühl 87, der die Billigung des gefährdenden Verhaltens aus der Tatsache der Regelung durch ein Spezialgesetz ableitet und S. 88 N 97 den Standpunkt vertritt, dass ein Unterlassungsanspruch gegen das gefährdende Verhalten anzuerkennen wäre, wenn dieses Verhalten von der Rechtsordnung missbilligt würde. Vgl. unsere ähnliche Argumentation vorn § 2 zu N 44.

¹⁰¹⁾ Vgl. vorn N 42.

¹⁰²⁾ Dies wird besonders deutlich bei der Verletzung eines Automobilinsassen, der vom Halter gefälligkeitshalber spät in der Nacht noch heimgeführt wird. Das alleinige Interesse an der Fahrt liegt hier auf der Seite des verletzten Mitfahrers. Dessen Verletzung kann daher nicht wegen höherer Interessen des Autohalters als rechtmässig erklärt werden.

¹⁰³⁾ Unser Rechtsgefühl sträubt sich dagegen, die Tötung eines Kindes durch ein Motorfahrzeug ohne Verschulden des Lenkers als «rechtmässig» zu qualifizieren.

Kategorie (z. B. aller Motorfahrzeughalter) und der Interessen der Allgemeinheit an ihrer diesbezüglichen Tätigkeit einerseits und aller Rechts-
gutsverletzungen durch diese Tätigkeit anderseits schlägt die Waage zu-
ungunsten der Geschädigten aus.

Diesem Unterschied in der Betrachtungsweise kommt erhebliche Be-
deutung zu. Von einer rechtmässigen Schädigung durch Verletzung ei-
nes Rechtsgutes darf nur dann gesprochen werden, wenn die Interessen
des Geschädigten im Einzelfall niedriger zu bewerten sind als
die entgegenstehenden Interessen des Schädigers und der Allgemei-
heit¹⁰⁴). Bei den Gefährdungshaftungen befriedigt diese Konstruktion
nicht.

Wir müssen daher davon ausgehen, dass auch im Gebiete der Ge-
fährdungshaftpflicht die Rechtsgutsverletzung, sofern eine solche vor-
liegt, zivildeliktisch rechtswidrig ist, dass aber wegen der entgegenste-
henden Interessen der Allgemeinheit am Motorfahrzeugverkehr in seiner
Gesamtheit — resp. an den andern Ursachen, an die eine Gefährdungs-
haftpflicht geknüpft wird — der für den Schaden kausale Betrieb trotz-
dem durch das Recht nicht verpönt wird. Rechtswidrig ist also die
Rechtsgutsverletzung, z. B. die Tötung, nicht rechtswidrig ist aber der
technische Betrieb, an den die Haftpflicht vom Recht geknüpft wird¹⁰⁶).

Aus diesen Ueberlegungen ergibt sich noch nicht, dass auch im Ge-
biete der Gefährdungshaftungen, wie bei der Verschuldenshaftung und
den Kausalhaftungen i.e.S., für Schädigungen ohne Rechtsgutsverletzung
nicht gehaftet wird. Wir haben vielmehr nur festgestellt, dass es sich
in der grossen Mehrzahl der Fälle nicht um eine Haftung für rechtmäs-
sige Schädigung handelt.

¹⁰⁴) Dies ist bei der wirklichen Rechtmässigkeit einer Rechtsgutsverletzung
immer der Fall; vgl. z. B. GO 26.

¹⁰⁶) Die Rechtswidrigkeit des Endes der Kausalreihe teilt sich hier ihrem An-
fang, dem Betrieb, nicht mit. Vgl. BGE 64 II 260 und die Theorie der Garantie
von B. Starck 37 ff., sowie die ähnliche Auffassung von Homberger, ZSR 49, 29a;
vgl. auch Bienenfeld 109, namentlich N 55.

Diese Beschränkung der Rechtswidrigkeit auf einen Teil der Kausalreihe wird
abgelehnt von Von der Mühl 88. Dieser Autor beruft sich (S. 90) zur Begründung
seiner Auffassung u. a. auf den Umstand, dass sich nach LFG 64 Abs. 2 lit. a die
luftrechtliche Haftung auch auf den erlaubten Abwurf von Ballast sowie auf den
in Not erfolgten Abwurf erstreckt. S. 78 bezeichnet er diese Bestimmung allerdings
als überflüssig. Er übersieht, dass hier Ausschlussgründe der Rechtswidrigkeit
vorliegen. Eine Sondernorm war daher notwendig, ansonst keine Haftung bestände.
Es handelt sich hier um Haftung für rechtmässige Schädigung; vgl. vorn N 42.

Es ist aber nicht einzusehen, weshalb die Rechtsordnung hier eine Haftpflicht für Schäden vorsehen sollte, für die selbst bei schuldhafter Verursachung keine Verantwortung besteht. Eine solche Ausnahme vom Grundsatz, dass die Schadenersatzpflicht auf die Verletzung von rechtlich geschützten Gütern beschränkt ist, wäre nicht begründet¹⁰⁷⁾. Es wäre auch nicht verständlich, dass den Rechtfertigungsgründen im Gebiete der Gefährdungshaftungen keinerlei Bedeutung zukommen sollte¹⁰⁸⁾ 109).

Wir kommen damit zum Schluss, dass die Ausschlussgründe der Rechtswidrigkeit wenigstens theoretisch auch bei den Kausal- und Gefährdungshaftungen zur Anwendung gelangen können und dass das Haftpflichtrecht auch in bezug auf die Rechtswidrigkeit als systematische Einheit anzusehen ist. Praktisch werden die Rechtfertigungsgründe bei den Kausalhaftungen allerdings kaum je eine Rolle spielen. Immerhin sind Fälle denkbar, in denen das öffentliche Recht die Rechtswidrigkeit ausschliesst.

3. Die Haftpflicht aus Verschulden

Das schweizerische Recht steht, wie übrigens auch dasjenige von Frankreich, Deutschland und Oesterreich, auf dem Boden der Verschuldens-

¹⁰⁷⁾ Es ist z. B. denkbar, dass ein Camion auf einer Passtrasse ins Schleudern gerät und nachher quer zur Strasse stehen bleibt, sodass ein nachfolgender Automobilist eine geschäftliche Besprechung versäumt und einen erheblichen Schaden erleidet, für den er den Halter des Camions weder nach OR 41 noch nach MFG 37 — abgesehen von der Beschränkung dieser Norm auf Personen- und Sachschäden — verantwortlich machen kann. Diese Fälle sind allerdings selten, mit Ausnahme des Stromunterbruches bei elektrischen Anlagen, der aber nach dem Stromlieferungsvertrag zu beurteilen ist; vgl. Moll 132; Oftinger II 768.

Es könnte hier auch die Meinung vertreten werden, dass abgesehen vom Fehlen einer Rechtsgutsverletzung keine Haftung bestehe, weil der Geschädigte keinen Unfall erlitten hat. Die Richtigkeit der Beschränkung der Gefährdungshaftungen auf Unfälle, die auch von Oftinger vertreten wird, scheint mir aber fraglich zu sein. Vgl. Von der Mühl 91 ff.; Riese, Luftrecht 338.

¹⁰⁸⁾ Die Haftpflicht des Bundes nach MO 27/28 stellt nur scheinbar einen Spezialfall dar. Oftinger II 1051 bezeichnet es als müssige Frage, ob die Widerrechtlichkeit hier noch Haftungsvoraussetzung sei. Vgl. dazu Guhl 144: Stark, SJZ 44, 350/51. Die unmittelbar schädigende Handlung ist auch hier rechtswidrig, nicht aber die militärische Uebung als solche, obschon auch ihr das Moment der Gefährdung innewohnt.

¹⁰⁹⁾ Als Beispiele seien die Hinrichtung eines Verbrechers durch den elektrischen Stuhl und die Verletzung von Demonstranten durch die in Panzerautos gegen sie vorgehende Polizei erwähnt,

haftung¹¹⁰⁾ ¹¹¹⁾). Nur beim Vorliegen bestimmter besonderer Voraussetzungen wird auf das Verschulden verzichtet. Der Kläger muss dann anstelle des Verschuldens des Beklagten diese besonderen Voraussetzungen beweisen. Entsprechend diesen besonderen Voraussetzungen unterstehen nur bestimmte Personengruppen (die Werkeigentümer, Tierhalter, Motorfahrzeughalter usw.) diesen Kausalhaftungen.

Auch die Haftpflicht aus ZGB 679 setzt kein Verschulden voraus. Sie stellt also unter diesem Gesichtspunkt wie die Kausalhaftungen eine Ausnahme gegenüber OR 41 dar. Daraus ergibt sich die entscheidende Frage: Durch welche besonderen Voraussetzungen, an die die Grundeigentümerhaftpflicht geknüpft ist, lässt sich diese Ausnahme vom System der Verschuldenshaftung begründen? Die Ungleichheit in bezug auf das Verschulden muss einer andern Ungleichheit zwischen den beiden Haftungsarten entsprechen; sonst liegt ein Verstoß gegen das Prinzip der formalen Gerechtigkeit vor. Diese Ungleichheit muss geeignet sein, die rechtlich verschiedene Behandlung zu rechtfertigen; diese Frage kann nur durch ein Werturteil beantwortet werden.

Wir müssen die Grundeigentümerhaftung also so konstruieren und ihre Voraussetzungen so umschreiben, dass diesen Forderungen Genüge getan wird.

4. Die Kausalhaftungen

Bei den Kausalhaftungen tritt an die Stelle des Verschuldens¹¹²⁾ eine andere Voraussetzung, die den Verzicht auf das Verschulden rechtfertigen muss.

Der theoretische Aufbau entspricht im wesentlichen demjenigen der Verschuldenshaftung.

a) *Die Kausalhaftungen i.e.S.*¹¹³⁾: Die besondere, an die Stelle des Verschuldens tretende Voraussetzung besteht bei den sog. gewöhnlichen

¹¹⁰⁾ Vgl. Oftinger, rapport 268 u. a. Das Zivilrecht verwendet dabei insofern nicht den gleichen Verschuldensbegriff wie das Strafrecht, als es nicht auf die individuellen Fähigkeiten des Handelns abstellt; sein Verschuldensbegriff ist objektiviert; vgl. Oftinger I 104 ff.; Oser/Schönenberger N 65 zu OR 41; Becker N 93 zu OR 41; C. Chr. Burckhardt, ZSR 22, 521; Homberger, ZSR 49, 19a ff. und viele andere.

¹¹¹⁾ Ueber die entsprechenden Regelungen in andern Rechtsordnungen vgl. Känzig 6 ff.

¹¹²⁾ nicht aber an die Stelle der Rechtswidrigkeit, vgl. Oftinger, rapport 264; vorne Abschn. 2 b.

¹¹³⁾ Oftinger I 17 zählt zu dieser Gruppe neben den hier besonders berücksichtigten Haftungsarten nach ZGB 333 und OR 55, 56 und 58 auch diejenigen nach ZGB 55, 679, sowie nach OR 54, 567 III, 603, 718 III, 814 IV, 899 III.

Kausalhaftungen aus zwei Teilen. So setzt die Haftpflicht des Familienhaupts nach ZGB 333 einerseits voraus, dass der Schaden durch eine unmündige oder entmündigte, eine geistesschwache oder geistesranke Person verursacht worden sei, anderseits, dass das Familienhaupt den im Gesetz vorgesehenen Sorgfaltsbeweis nicht zu erbringen vermöge. Dieser Sorgfaltsbeweis beruht auf einer gewissen Verschuldensvermutung des Gesetzgebers, wobei aber nicht jeder Gegenbeweis möglich ist, sondern nur der im Gesetz vorgesehene. Dabei bezieht sich das vermutete Verschulden nicht auf die direkte Verursachung des Schadens durch den Haftpflichtigen, sondern auf die von ihm unterlassene Verhütung der Schädigung durch den Unmündigen ¹¹⁴⁾. Für die direkten Folgen seines eigenen Verhaltens haftet auch das Familienhaupt nur bei nachgewiesenem Verschulden.

Gleich aufgebaut sind die Haftungen des Geschäftsherrn und des Tierhalters. Dabei kommt hier dem Umstand keine Bedeutung zu, dass das Gesetz bei diesen Haftungsarten — im Gegensatz zu ZGB 333 — die Verantwortlichkeit auch entfallen lässt, wenn der Sorgfaltsbeweis misslingt, der Schaden aber auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt entstanden wäre ¹¹⁵⁾.

Die Zweiteilung der besonderen Voraussetzung zeigt sich auch bei der Werkhaftung; denn Ursache des Schadens ist der Bestand des Werkes ¹¹⁶⁾, der aber nur dann eine Haftung begründet, wenn das Werk mangelhaft ist. In dieser Voraussetzung der Mangelhaftigkeit steckt wie im Sorgfaltsbeweis eine Verschuldenskomponente, wobei die Mangelhaftigkeit allerdings vom Geschädigten bewiesen werden muss ¹¹⁷⁾ ¹¹⁸⁾.

Die Begründung der Sonderstellung des Kausalhaftpflichtigen gegenüber der Haftpflicht aus Verschulden liegt wohl in der Aufsichtspflicht des Familienhauptes gegenüber den unmündigen und entmündigten Familiengliedern, des Geschäftsherrn gegenüber seinen Arbeitnehmern, des Tierhalters in bezug auf sein Tier und des Werkeigentümers in bezug auf

¹¹⁴⁾ Nach Känzig 134/35 stellt auch die Haftpflicht aus OR 55, 56 und 58 eine Verantwortlichkeit für eigenes widerrechtliches Handeln dar.

¹¹⁵⁾ Vgl. Oftinger II 540 ff., 625/26; BGE 57 II 130; 77 IV 52.

¹¹⁶⁾ Vgl. Oftinger II 385.

¹¹⁷⁾ C. Chr. Burckhardt, ZSR 22, 566 sieht in dieser Beweislastverteilung ein Gegengewicht gegen die Strenge der Haftung.

¹¹⁸⁾ Da das Verhalten des Kausalhaftpflichtigen nicht direkt zum Schaden führt, ist neben dem Kausalhaftpflichtigen für die von diesem zu vertretende Ursache unter Umständen noch eine andere Person verantwortlich: Wenn es sich bei der betr. Ursache um ein schuldhaftes menschliches Verhalten handelt.

sein Werk. Letzten Endes müssen alle diese Kausalhaftpflichtigen für eigenes Verhalten eintreten. Der Kausalzusammenhang zwischen diesem Verhalten und dem Schadenereignis ist allerdings nur ein indirekter, was aber der Anwendung von OR 41 nicht im Wege stünde. Die Besonderheit besteht darin, dass ein Glied der Kausalkette im Verhalten eines Unmündigen, eines Angestellten oder eines Tieres oder im Zustand eines Werkes besteht. An diese Tatsache knüpft das Gesetz die Umkehrung der Beweislast¹¹⁹⁾.

Wenn wir die Kausalhaftungen in diesem Sinne verstehen, steht als Haftungsgrund die Ueberlegung im Vordergrund, dass in diesen Fällen der Nachweis eines Verschuldens besonders schwierig ist, weshalb der Gesetzgeber darauf verzichten wollte. Diese besondere Schwierigkeit beruht darauf, dass die zu erhebenden Vorwürfe das interne Verhältnis des Haftpflichtigen zu seinem unmündigen Familienangehörigen, zu seinem Arbeitnehmer, zu seinem Tier oder zu seinem Werk betreffen, d.h. ein Verhältnis, in das Dritte nicht leicht Einblick nehmen können. Der Gesetzgeber wollte mit diesen tatsächlichen Schwierigkeiten nicht den Geschädigten belasten, nachdem die Beweisschwierigkeiten für den Haftpflichtigen viel kleiner sind¹²⁰⁾.

Vom Gesichtspunkt der Grundeigentümerhaftung aus müssen wir uns hier fragen, ob der Verzicht auf das Verschulden als Voraussetzung der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers auf den gleichen Ueberlegungen beruhe wie bei den Kausalhaftungen i.e.S.

119) Vgl. vorn N 114. Für die Richtigkeit dieser Auffassung des durchgehenden Kausalzusammenhanges spricht die Tatsache, dass die Gerichte bei der Anwendung von KUVG 129 auch diese verschiedenen Haftungsarten heranziehen und prüfen, ob dem Beklagten z. B. eine grobe Fahrlässigkeit in eligendo, instruendo oder custodiendo seines Arbeitnehmers oder in bezug auf den Unterhalt seines Werkes nachgewiesen werden könne; vgl. BGE 62 II 347; 68 II 287; 72 II 314, 430; Semjud. 73, 45/46.

Beim Sorgfaltsbeweis muss sich allerdings das Verschulden nur auf die Sorgfalt, nicht auf den Schaden beziehen. Die mangelnde Sorgfalt bringt aber immer auch die Gefahr eines Schadens mit sich.

120) Ein zusätzliches Moment stellt die Tatsache dar, dass der Haftpflichtige sich hier nicht auf seine Urteilsunfähigkeit berufen kann.

Es würde zu weit führen, auf die Frage des Haftungsgrundes der Kausalhaftungen näher einzutreten. Oftinger I 21/22 weist namentlich auf Billigkeits- und Zweckmässigkeitserwägungen hin und erwähnt neben historischen und sozialpolitischen Momenten auch die Idee des Interessenausgleichs. Dabei betont er, dass ein gemeinsames Haftungsprinzip hier nicht gefunden werden könne. Homberger, ZSR 49, 29a vertritt die Auffassung, dass das obligationenrechtliche Haftpflichtrecht in den Gedanken der Garantie einmünde; vgl. auch Guhl 149; Cochand 26, 66 ff.

b) *Die Gefährdungshaftungen*: Klarere Verhältnisse in bezug auf den speziellen Haftungsgrund finden wir bei den Gefährdungshaftungen gemäss EHG 1 ff., ElG 27 ff., MFG 37 ff., LFG 64 ff. und auch MO 27 ff.

Haftungsbegründende Ursache ist hier eine bestimmte Art von Aktivität, die relativ häufig die Tendenz hat, durch das Zusammenwirken von unglücklichen Umständen¹²¹⁾ zur Schädigung von Mitmenschen zu führen. Diese Tendenz stellt eine *Gefährdung*¹²²⁾ der Mitmenschen dar.

Das Gesetz bestimmt genau, welche Aktivitäts-Arten eine Gefährdungshaftung begründen: Der Betrieb einer Eisenbahn, eines Motorfahrzeuges, eines Luftfahrzeuges¹²³⁾ und einer elektrischen Anlage, sowie die Durchführung militärischer Uebungen. Die Gefährdung ist also keineswegs generelles Haftungsprinzip neben dem Verschulden. Im Rahmen der durch den Gesetzgeber bezeichneten Aktivitäts-Arten wird aber für die Begründung der Haftung auf jede auch noch so versteckte Form einer Verschuldensbeteiligung verzichtet. Die Verschuldenskomponente, die wir bei den gewöhnlichen Kausalhaftungen angetroffen haben¹²⁴⁾, fällt hier als Haftungsvoraussetzung vollständig weg, was nicht hindert, dass einem ev. mitwirkenden Verschulden doch Rechnung getragen wird. Die Gefährdung allein genügt aber zur Begründung der Haftung¹²⁵⁾. In ihr liegt das Ungleiche gegenüber der Verschuldenshaftung, das die ungleiche rechtliche Behandlung rechtfertigt¹²⁶⁾.

Es stellt sich auch hier wieder die gleiche Frage: Beruht der Verzicht auf das Verschulden bei der Grundeigentümerhaftung auf den gleichen Ueberlegungen wie bei den Gefährdungshaftungen?

¹²¹⁾ Man kann hier von Zufällen in bezug auf den Zweck sprechen, vgl. Stark 133 ff.

¹²²⁾ Oftinger I 14 unterscheidet hiebei zwischen der Tendenz zur Herbeiführung von Schäden und der Wahrscheinlichkeit, dass irgend eine eintretende Anomalie quantitativ und qualitativ schwerwiegende Folgen zeitigt.

¹²³⁾ Die Kausalhaftung findet nur Anwendung, wenn sich das Luftfahrzeug «im Fluge» befindet; sonst richtet sich die Haftpflicht nach OR 41 ff.; vgl. Riese, Luftrecht 378/79. Ausserdem gelten besondere Bestimmungen für die Schäden der Passagiere.

¹²⁴⁾ Vgl. vorn nach N 113.

¹²⁵⁾ Die Rechtsprechung verzichtet allerdings bei der Haftung nach MFG 37 auf die Prüfung der Frage, ob sich die Betriebsgefahr überhaupt ausgewirkt habe; vgl. vorn § 1 N 88. Dies stellt eine bedauerliche Inkonsequenz dar.

¹²⁶⁾ Vgl. vorn N 106.

II. DIE ABGRENZUNG GEGENÜBER DER ACTIO NEGATORIA UND DEN BESITZESSCHUTZKLAGEN

Im ersten Abschnitt dieses Paragraphen haben wir die Frage nach der Abgrenzung der Schadenersatzklage nach ZGB 679 von andern Schadenersatzklagen aufgeworfen. Das Ziel jener Klagen war das gleiche wie das Ziel der uns interessierenden Klage aus ZGB 679: Die Leistung von Schadenersatz. Die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Klagen musste demgemäss bei den Voraussetzungen liegen.

Hier stellen wir der Schadenersatzklage nach ZGB 679 Klagen gegenüber, die nicht auf die Leistung von Schadenersatz gerichtet sind, die also ein anderes Ziel haben. Wir müssen uns daher in erster Linie nach dem Ziel dieser Klagen fragen und dann dieses Ziel mit der Leistung von Schadenersatz vergleichen.

Die uns interessierenden negatorischen und possessorischen Klagen sind auf Beseitigung und Unterlassung von störenden Einwirkungen gerichtet. Was ist darunter zu verstehen?

1. Das Verhältnis zwischen den Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen einerseits und dem Schadenersatzanspruch anderseits

a) *Die verschiedenen Phasen einer Einwirkung auf ein Grundstück* ¹²⁷⁾: Die gegenseitige Abgrenzung der erwähnten Ansprüche setzt voraus, dass wir uns vorerst über die verschiedenen Phasen einer Einwirkung auf ein Grundstück ¹²⁸⁾ und dann über die gegen sie gerichteten, denkbaren zivilrechtlichen Ansprüche des Gestörten Rechenschaft ablegen.

Es ist hier zwischen der Ursache, dem Vorgang und dem Erfolg der Einwirkung auf das Eigentumsobjekt zu unterscheiden.

Die erste Phase der Einwirkung ist ihre *Ursache*, d.h. derjenige Umstand, auf den die Einwirkung im Rechtssinn zurückzuführen ist. Besondere Verhältnisse liegen dann vor, wenn als Ursache der Betrieb einer Anlage erscheint, der immer wieder zu Einwirkungen führt.

Grosse Bedeutung kommt namentlich dem *Vorgang* der Einwirkung zu. Darunter verstehen wir bei einem Unfall die *traumatische Einwir-*

¹²⁷⁾ Wir sprechen hier in erster Linie von den Einwirkungen auf Grundstücke, d.h. von Beeinträchtigungen des Eigentumsrechts. Bei den Beeinträchtigungen anderer sog. absoluter Rechte liegen aber weitgehend ähnliche Verhältnisse vor.

¹²⁸⁾ Diese Phasen beziehen sich auf die Einwirkung auf das Grundstück, d.h. auf das Eigentumsobjekt, und nicht auf die durch das Eigentumsrecht geschützte tatsächliche Herrschaft.

kung auf den Körper des Verunfallten. bei Störungen im Sinne von ZGB 684 das Eindringen von Russ, Rauch, Staub usw. auf das Nachbargrundstück. Der Vorgang der Einwirkung kann sich also in sehr kurzer Zeit abspielen; er kann aber auch von langer Dauer sein. Häufig erscheint als Ursache ein durch ein einmaliges Verhalten geschaffener Zustand, der zusammen mit einer immer wieder eintretenden Bedingung den Bedingungskomplex für eine Einwirkung darstellt, die sich immer wieder wiederholt. Dies ist z. B. der Fall, wenn ich an meiner Dachtraufe ein Rohr so anbringe, dass das Regenwasser vom Dach meines Hauses immer wieder auf das Grundstück des Nachbarn fließt.

Der Vorgang der Einwirkung ist nicht ein Zustand, sondern ein Geschehen, das eine Aenderung von Umständen bewirkt. Wenn sich dieses Geschehen immer wieder gleich wiederholt — weil es auf das Zusammenwirken eines Zustandes mit einer immer wieder eintretenden Bedingung zurückzuführen ist — kann man allerdings versucht sein, von einem Zustand zu sprechen. Dies wäre aber ungenau, weil ein Geschehen (eine Bewegung) durch seine häufige gleichartige Wiederholung nicht zu einem Zustand wird ¹²⁹⁾).

Der Erfolg ¹³⁰⁾ des Vorganges der Einwirkung auf das Eigentumsobjekt besteht in der Veränderung eines vorherigen Zustandes; denn eine Wirkung stellt immer eine Veränderung dar. Diese Veränderung kann das Eigentumsobjekt selbst betreffen oder einen sich darauf befindenden Gegenstand oder einen sich auf dem betr. Grundstück aufhaltenden Menschen ¹³¹⁾. Sie kann einen neuen andauernden Zustand hervorrufen oder einen Zustand, der mit dem Aufhören der Einwirkung auf das Grundstück wieder verschwindet.

Wenn mein Nachbar bei der Ausbeutung seines Steinbruches Sprengungen so durchführt, dass Felsstücke auf meine Liegenschaft fallen, so liegt darin zweifellos ein mein Grundeigentumsrecht beeinträchtigender Vorgang. Eine Beeinträchtigung kann schon in den Lärm-Immissionen gesehen werden. Der Erfolg dieser Immissionen besteht in der Be-

¹²⁹⁾ Vgl. SG 1947, 43; BS 1941—42, 64 und im übrigen hinten N 148. Spezielle Verhältnisse liegen vor, wenn die Herrschaft durch ein ihr in den Weg gelegtes Hindernis, z. B. einen Ueberbau, beeinträchtigt wird; vgl. hinten N 165.

¹³⁰⁾ Auch Einwirkungen, die nicht minim sind, rufen nicht immer einem Erfolg. Dieser entfällt z. B. meistens bei Lärm-Immissionen auf ein Grundstück.

¹³¹⁾ Sofern der beschädigte Fahrnisgegenstand nicht dem Grundeigentümer gehört oder eine andere Person als der Grundeigentümer verletzt worden ist, werden durch die gleiche Einwirkung neben dem Grundeigentumsrecht noch absolute Rechte dieser Drittpersonen verletzt.

lästigung meiner Mieter, die im einzelnen Fall sofort mit dem Aufhören der Immissionen wieder zu Ende geht. Es kann aber auch eine Person durch die Felsstücke getroffen werden, wobei als «Erfolg» z. B. ein Knochenbruch resultiert. Eventuell entstehen auch Beschädigungen der sich auf meinem Grundstück befindenden Fahrnisgegenstände — die mir selbst oder einem Mieter oder einem beliebigen Dritten gehören können — oder des Grundstückes selbst und der sich darauf befindenden Bauten. Eine Veränderung des Grundstückes liegt z. B. vor, wenn eine Wiese mit Steinen übersät wird, sodass sie nicht mehr gemäht werden kann. Diese Veränderungen stellen neue, längere Zeit andauernde Zustände dar.

Ein solcher Erfolg kann seinerseits wieder zusammen mit irgendwelchen Umständen eine oder mehrere Kausalreihen auslösen. Ein Knochenbruch kann eine Fettembolie und im weiteren den Tod des Verunfallten zur Folge haben. Sich wiederholende Lärm-Immissionen können dazu führen, dass die Mieter eines Hauses ausziehen. Wenn Fahrnisgegenstände beschädigt werden, kann deren Eigentümer eventuell seine Lieferfristen nicht einhalten oder es entsteht für ihn in anderer Weise wegen der Nicht-Benützbarkeit dieser Gegenstände bis zur Beendigung der Reparatur ein Nachteil.

Sowohl der Vorgang als auch der Erfolg der Einwirkung an sich — wir verwenden hierfür die Ausdrücke «objektiver Vorgang» und «objektiver Erfolg» — sind zu unterscheiden von ihren finanziellen Auswirkungen, der dadurch hervorgerufenen Vermögenseinbusse. Es handelt sich hier um den Schaden i. e. S. ¹³²⁾, dh. um den mit dem objektiven Vorgang resp. dem objektiven Erfolg für eine bestimmte Person unter Umständen verbundenen finanziellen Verlust.

Der Schaden ist subjektiver Natur ¹³³⁾: Er hängt nicht nur vom objektiven Vorgang und vom objektiven Erfolg, sondern auch vom subjektiven Interesse des Verletzten am Nicht-Eintritt dieser Umstände ab ¹³⁴⁾. Es handelt sich um die Spiegelung — das Schattenbild — der objektiven Phasen der Einwirkung in der subjektiven Vermögenssphäre.

¹³²⁾ Der Begriff des Schadens als Vermögenseinbusse ist nicht nur vom objektiven Vorgang und vom objektiven Erfolg der Einwirkung, sondern auch vom immateriellen Schaden abzugrenzen. Auf diese Frage können wir hier nicht eingehen.

¹³³⁾ Mit der subjektiven Natur des Schadens hängt der vorn zu N 53 erwähnte Umstand zusammen, dass der gleiche objektive Erfolg je nach den Verhältnissen verschieden grosse Schäden herbeiführen kann.

b) *Die entsprechenden Klagen:* Wenn eine Rechtsordnung dem gestörten Eigentümer Klagen gegen bestimmte Einwirkungen zur Verfügung stellt, müssen sie sich zwangsläufig gegen eine dieser Phasen der Einwirkung oder den dadurch verursachten Schaden richten. Dabei wäre es denkbar, dass die Klagen gegen verschiedene Phasen an die gleichen Voraussetzungen geknüpft und daher juristisch in einem Sammelbegriff zusammengefasst würden. Wenn wir aber von diesen Möglichkeiten der Gestaltung konkreter Rechtsordnungen absehen, kommen wir entsprechend den Phasen auf Klagen gegen die Ursache, gegen den objektiven Vorgang, gegen den objektiven Erfolg und gegen den Schaden, der direkt durch den Vorgang oder durch den objektiven Erfolg herbeigeführt worden sein kann.

Die *Beseitigungsklage* richtet sich gegen die Ursachen von Einwirkungen. Sie zielt auf die Beseitigung von Zuständen ab, die geeignet sind — im Zusammenwirken mit immer wieder eintretenden Bedingungen — Einwirkungen hervorzurufen. Ihr eigentliches, wenn auch nur indirekt verfolgtes Ziel besteht aber in der Unterbindung von objektiven Einwirkungs-Vorgängen.

Die Abgrenzung dieser Beseitigungsklagen von den gegen den objektiven Erfolg gerichteten Klagen bereitet vielfach Schwierigkeiten. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Ausdruck «Beseitigung» in bezug auf sein Objekt nicht eindeutig ist: Man kann darunter auch die Beseitigung, dh. die Rückgängigmachung des Erfolges der Einwirkung verstehen ¹³⁵⁾.

Es handelt sich hier vorerst um eine terminologische Frage. Da eine klare Unterscheidung der Klagen gegen den objektiven Erfolg und gegen den objektiven Vorgang sowie seine Ursache aber voraussetzt, dass wir diese Klagen verschieden benennen, verwenden wir den Ausdruck «Beseitigungsklage» — in Uebereinstimmung mit den meisten Autoren ¹³⁶⁾ — ausschliesslich für die Klagen auf Beseitigung von Zuständen, denen die Tendenz innewohnt, Einwirkungen herbeizuführen. Es kann mit dieser Beseitigungsklage auch verlangt werden, dass Schutz-

¹³⁴⁾ Vgl. Degenkolb, ArchZivPr. 76, 57; Fehr, ZbJV 80, 296/97.

¹³⁵⁾ Vgl. die vorn § 4 Abschn. II Ziff. 5 erwähnten Versuche einiger deutscher Autoren, der negatorischen Beseitigungsklage eine restitutorische Funktion zuzuschreiben.

¹³⁶⁾ Vgl. Roemer 8 ff.; Rothenhäusler 100 ff.; Bachmann 144; Naef 84. Andere Umschreibungen finden wir bei Fehr, ZbJV 80, 294 ff.; Fuld, SächsArch. 12, 257 ff.; Naef 92.

vorrichtungen an Anlagen auf Nachbargrundstücken angebracht werden, die vorher immer wieder zu Einwirkungen führten.

Gegen den objektiven Vorgang der Einwirkung selbst richtet sich die *Unterlassungsklage*¹³⁷⁾. Auch die *Praeventiv- oder Schutzklage*¹³⁸⁾ gehört in die Gruppe der Unterlassungsklagen, deren Ziel in der Verhinderung einer drohenden Einwirkung besteht. Sie dienen also dem gleichen Zweck direkt, den die Beseitigungsklage auf indirektem Weg verfolgt.

Die Klage gegen den objektiven Erfolg geht auf Rückgängigmachung dieses Erfolges, dh. auf Wiederherstellung des früheren Zustandes der durch die Einwirkung veränderten Sache: Des Eigentumsobjektes und seiner Bestandteile oder der Fahrnisgegenstände, die sich im Zeitpunkt der Einwirkung darauf befunden haben¹³⁹⁾. Es handelt sich um eine *restitutorische Klage*, die entsprechend ihrem Ziel eine bereits in einem früheren Zeitpunkt erfolgte Einwirkung voraussetzt.

Diese Wiederherstellung des früheren Zustandes des Objektes der Einwirkung ist möglich durch die Leistung von *Naturalersatz*¹⁴⁰⁾. Von Naturalersatz sprechen wir, wenn der objektive Erfolg rückgängig gemacht wird, dh. wenn eine beschädigte Sache repariert, ein auf ein

¹³⁷⁾ Vgl. dazu die Monographie von Naef.

¹³⁸⁾ Die Praeventivklage unterscheidet sich von der Unterlassungsklage dadurch, dass sie keine vorausgehende Störung voraussetzt. Diese Voraussetzung der Unterlassungsklage darf nicht zu einer Verwechslung mit der Klage gegen den Erfolg führen: Objekt des Unterlassungsanspruches ist trotz dieser Voraussetzung nicht die bereits erfolgte Einwirkung resp. deren objektiver Erfolg, sondern die in Zukunft möglichen und zu erwartenden Störungen. Demgegenüber bezieht sich auch die auf einem Vorgang beruhende Schadenersatzklage auf in der Vergangenheit liegende Einwirkungen; vgl. hinten zu N 141 und über die entsprechende possessorsche Klage hinten N 180.

Die Ablehnung der Praeventivklage schliesst spätere Schadenersatzansprüche nicht aus, weil sie auf einer Beurteilung der Zukunft beruht, die sich später als falsch erweisen kann; vgl. LU 1920, 86.

Demgegenüber kann im stillschweigenden Verzicht auf die Praeventivklage im Falle einer späteren Schädigung ein Mitverschulden liegen; vgl. die *cautio damni infecti* und dazu vorn § 3 zu N 76; ausserdem § 2 N 134.

¹³⁹⁾ Der Vollständigkeit halber sei noch auf die Fälle von Körperverletzung hingewiesen, bei denen aber eine Rückgängigmachung des objektiven Erfolges ausgeschlossen ist.

¹⁴⁰⁾ Häufig wird der Naturalersatz als eine Unterart des Schadenersatzes angesehen; vgl. z. B. v. Tuhr Siegwart I 105/06. Es handelt sich hier um eine terminologische Frage.

Grundstück gefallener Felsblock weggeschafft, eine vernichtete Sache in natura ersetzt wird.

Der Naturalersatz ist zu unterscheiden vom Geld- oder Schadenersatz (i.e.S.), der dem Ausgleich der durch die Einwirkung verursachten Vermögenseinbusse dient. Durch diese Ersatzleistung wird das Vermögen wieder ergänzt auf den Stand, den es vor der Rechtsgutsverletzung aufwies. Ersetzt wird das in Geld zu schätzende Interesse am Nicht-Eintritt des schädigenden Ereignisses. Der objektive Erfolg wird hievon nicht berührt.

Die Leistung von Schadenersatz ist an sich immer dort möglich, wo durch den Vorgang¹⁴¹⁾ ¹⁴²⁾ oder den Erfolg einer Einwirkung ein Schaden, dh. eine Vermögenseinbusse herbeigeführt worden ist, während der Naturalersatz in allen Fällen in Frage kommt, in denen ein objektiver Erfolg eingetreten ist, der rückgängig gemacht werden kann. Die Anwendungsbereiche der beiden Ersatz-Arten überschneiden sich, sie decken sich aber nicht. Dies trifft namentlich zu für den direkt durch den Vorgang der Einwirkung entstandenen Schaden, für den nur Geldersatz in Frage kommt. Aber auch wenn ein objektiver Erfolg, der rückgängig gemacht werden kann, eingetreten ist, stossen wir auf Schadensposten, bei denen der Naturalersatz von vornherein ausgeschlossen ist: Bei denjenigen Nachteilen, die zwar durch den objektiven Erfolg bedingt sind, aber trotzdem direkt im Vermögen entstehen¹⁴³⁾. Dies ist namentlich der Fall, wenn die zeitweise Nicht-Benützbarkeit des beschädigten Gegenstandes einen Schaden darstellt. Diese Vermögenseinbussen sind bereits endgültig entstanden, wenn der Naturalersatz eintritt resp. eintreten kann. Sie können nur durch Geld ausgeglichen werden.

Der Naturalersatz kann nur das Weiterlaufen desjenigen Vermögensschadens verhindern, der durch die Nicht-Benützbarkeit eines Gegenstandes bedingt ist¹⁴⁴⁾; er kann diesen entstandenen Schaden nicht beseitigen. Trotzdem richtet er sich nicht gegen den objektiven Vorgang der Einwirkung; er setzt einen objektiven Erfolg voraus.

¹⁴¹⁾ Vgl. vorn vor N 132 und N 138.

¹⁴²⁾ Man denke z. B. an die Entwertung eines Grundstückes oder die Verhinderung eines Konzertes durch Lärm-Immissionen.

¹⁴³⁾ Auch der durch den objektiven Vorgang der Einwirkung herbeigeführte Schaden tritt direkt im Vermögen ein.

¹⁴⁴⁾ Vgl. Degenkolb, ArchZivPr. 76, 21, namentlich N 31. sowie S. 58: C. Chr. Burckhardt, ZSR 22, 492/93, Im Hof 32.

Neben den Gebieten der alternativen Anwendbarkeit einer der beiden Ersatzarten ¹⁴⁵⁾ liegt der grosse Bereich derjenigen Fälle, in denen beide Ersatzarten miteinander in Konkurrenz stehen: bei der Rückgängigmachung des Erfolges selbst. Die Vernichtung einer Sache z. B. kann durch Lieferung eines Ersatzgegenstandes oder Ersatz ihres Wertes ausgeglichen werden.

Während BGB 249 den Naturalersatz in diesen Fällen in den Vordergrund stellt, überlässt OR 43 die Wahl der Art des zu leistenden Ersatzes dem Richter ¹⁴⁶⁾.

In der Praxis überwiegt heute der Geldersatz auch in diesem Bereich ¹⁴⁷⁾, wobei allerdings Mischformen vorkommen. So kann man sich fragen, ob Natural- oder Geldersatz vorliege, wenn der Schädiger die Rechnung für die Reparatur des beschädigten Gegenstandes bezahlt.

Dieselbe Unterscheidung zwischen den Klagen gegen den Erfolg und den Klagen auf Unterlassung und Beseitigung finden wir auch beim Schutz anderer absoluter Rechte, nicht nur des Eigentumsrechts. Es sei hier namentlich auf die Persönlichkeitsrechte verwiesen. Das Bundesgericht hat auf diesem Gebiet in seinem grundsätzlichen Entscheid 48 II 13 ff. den Unterschied zwischen Störungshandlungen und Störungswirkungen hervorgehoben und betont, dass sich die Beseitigungsklage nach ZGB 28 I nur gegen die Störungshandlungen richtet ¹⁴⁸⁾.

Diese Stellungnahme des Bundesgerichts ist seither von verschiedenen Autoren, u. a. auch von Egger, angegriffen worden ¹⁴⁹⁾. Ihre Kritik richtet sich namentlich gegen den Umstand, dass das Bundesgericht eine Klage gegen die Störungswirkungen nur bei Verschulden des Störers zugestehen will. Im weiteren erhebt sich hier die schwierige Frage, inwiefern bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten Naturalreparation möglich und zuzusprechen sei ¹⁵⁰⁾.

¹⁴⁵⁾ Die ausschliessliche Anwendbarkeit von Naturalersatz ist theoretisch möglich, wird aber praktisch kaum je vorkommen.

¹⁴⁶⁾ Vgl. C. Chr. Burckhardt, ZSR 22, 492; v. Tuhr/Siegwart I 105.

¹⁴⁷⁾ Der Geldersatz hat u. a. den grossen Vorteil, dass er auch in den zahlreichen Fällen einer teilweisen Haftpflicht eine saubere und klare Lösung ermöglicht.

¹⁴⁸⁾ Vgl. auch BGE 68 II 132; 52 II 354 und v. Tuhr/Siegwart I 376; Germann, Vorarbeiten 122.

¹⁴⁹⁾ Egger N 79 zu ZGB 28; Fehr, ZbJV 80, 291 ff.; Germann, Vorarbeiten 126/27; ebenso GR 1943, 66/67.

¹⁵⁰⁾ Vgl. BGE 48 II 19; 67 II 44; Im Hof 24/25, namentlich N 57.

Es würde zu weit führen, hier zur entscheidenden Frage Stellung zu nehmen, ob das Persönlichkeitsrecht unserer Rechtsordnung sich auch gegen den Erfolg der Einwirkung oder — wie das Eigentumsrecht ¹⁵¹⁾ — nur gegen den Vorgang richtet und wie dementsprechend diese Fragen zu lösen sind.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass wir in unserem Gebiet zwei wesentliche Unterscheidungen zu machen haben, die einander teilweise überschneiden:

1) Die Unterscheidung zwischen den direkt (Unterlassungsklage) oder indirekt (Beseitigungsklage) gegen den objektiven Vorgang und damit in die Zukunft gerichteten Klagen und den restitutorischen Klagen auf Wiederherstellung des vor der Einwirkung bestehenden Zustandes der Liegenschaften, Fahrnisgegenstände und Menschen, sowie der beteiligten Vermögen ¹⁵²⁾.

2) Die Unterscheidung zwischen den Klagen gegen die objektiven Phasen der Einwirkung (Ursache, Vorgang, Erfolg) und den Klagen gegen den durch die Einwirkung hervorgerufenen Schaden.

2. Die Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach schweizerischem Eigentumsrecht

Nach der grundsätzlichen Unterscheidung der Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche einerseits und der Ersatzansprüche andererseits ist zu prüfen, wie die betr. Klagen im schweizerischen Eigentumsrecht ausgestaltet sind und auf welchen Normen sie beruhen.

Zur Diskussion steht hier der sich aus dem Eigentumsrecht ergebende negatorische Anspruch auf Abwehr jeder ungerechtfertigten Einwirkung ¹⁵³⁾. Auf diesem Anspruch beruhen der Unterlassungs- und der Beseitigungsanspruch ¹⁵⁴⁾ des Eigentümers gegen jeden beliebigen Dritten. Aus dem Wortlaut von ZGB 641 II darf nicht etwa abgeleitet

¹⁵¹⁾ Vgl. hinten nach N 156.

¹⁵²⁾ Vgl. Degenkolb, ArchZivPr. 76, 55, sowie 56 N 100; v. Tuhr I 245. Es handelt sich hier um grundsätzlich verschiedene Klageziele, denen in unserer Rechtsordnung auch verschiedene Klagevoraussetzungen entsprechen. Gegenüber dieser Unterscheidung tritt diejenige zwischen Beseitigungs-, Praeventiv- und Unterlassungsklage in den Hintergrund. Bachmann 143 und 146/47 betont allerdings den Unterschied zwischen der Beseitigungs- und der Unterlassungsklage in bezug auf ihr Verhältnis zur Schadenersatzklage.

¹⁵³⁾ ZGB 641 II. Dieser Anspruch steht auch dem Fahrniseigentümer zu.

¹⁵⁴⁾ Vgl. Haab N 43 zu ZGB 641; nach Leemann N 43 zu ZGB 641 ist die Klage aus dieser Bestimmung auf Wiederherstellung des früheren Zustandes bezw. auf Unterlassung der Beeinträchtigung gerichtet.

werden — was an sich möglich wäre — dass der Gesetzgeber hier einfach die Selbsthilfe erlaube ¹⁵⁵⁾).

Wir müssen hier kurz auf den Inhalt des Eigentumsrechts eintreten ¹⁵⁶⁾).

Auf den ersten Blick scheint das Eigentumsrecht die Beziehung eines Menschen zu einer Sache zu regeln, dh. seine Herrschaft über diese Sache zu statuieren. Diese Auffassung, die von verschiedenen Autoren vertreten wird ¹⁵⁷⁾, hält aber einer näheren Kritik schon deshalb nicht stand, weil zwischen einer Person und einer Sache keine Beziehungen rechtlicher Natur bestehen können. Das Recht regelt ausschliesslich die Beziehungen zwischen den Menschen ^{157a)}).

Das Herrschaftsverhältnis des Menschen zu seiner Sache ist nicht rechtlicher, sondern tatsächlicher Natur ¹⁵⁸⁾. Es beruht auf der tatsächlichen Macht des Menschen ¹⁵⁹⁾ und ist rechtlichen Bestimmungen nur insofern unterworfen, als das Recht dem Eigentümer Vorschriften über die Ausübung dieser Herrschaft erteilen kann ¹⁶⁰⁾. Diese Vorschriften berühren aber nicht das Herrschaftsverhältnis an sich; sie dienen weder direkt noch indirekt seiner Aufrechterhaltung, sondern eigentumsfremden Interessen.

Den Schutz des Eigentums kann die Rechtsordnung nur gegenüber denjenigen möglichen Störern übernehmen, die ihr selbst unterworfen

¹⁵⁵⁾ Vgl. Haab N 32 zu ZGB 641; v. Tuhr I 247.

¹⁵⁶⁾ Vgl. hiezu auch vorn § 3 Abschn. I und § 4 Abschn. II Ziff. 1, wo die Frage der Absolutheit oder Beschränktheit des Eigentumsrechts zur Diskussion stand.

¹⁵⁷⁾ Vgl. Pagenstecher I 3; Pütter 37; Brinz I 470; Mages 37; Bluntschli/Dahn 153; Prax 156.

^{157a)} Vgl. Ripert, droit de propriété 290.

¹⁵⁸⁾ Der Inhalt dieser Herrschaft besteht im wesentlichen darin, dass der Eigentümer mit und auf der Sache tun und lassen kann, was ihm beliebt. Er soll nicht durch die direkten oder indirekten Folgen des Verhaltens anderer Menschen daran gehindert werden. Eine solche Behinderung besteht im Vorgang einer Einwirkung. Eine ähnliche Herrschaft übt der Besitzer aus.

Nicht jedes Verhalten auf einem Grundstück stellt aber eine Ausübung der Herrschaft über dieses Grundstück dar. Dies hängt von den Verhältnissen ab. Es ist nicht der Fall, wenn ich in einem Wald jage.

¹⁵⁹⁾ Wenn die tatsächliche Macht nicht ausreicht zur Aufrechterhaltung der Herrschaft, wenn z. B. ein Tier ausreisst, ist dies rechtlich so lange irrelevant, als dadurch keine Rechtssphären von Drittpersonen berührt werden; vgl. Prax 16.

¹⁶⁰⁾ Vgl. das Verbot der Brandstiftung an eigener Sache, wenn dadurch eine Feuersbrunst hervorgerufen wird. StGB 221/22, und das Verbot der Tierquälerei. StGB 264. Die Rechtsordnung kann sich allerdings auch in dem Sinne einmischen, dass sie das Eigentumsrecht nicht anerkennt.

sind: gegenüber den Mitmenschen des Eigentümers, dh. gegenüber allen Nicht-Eigentümern. Dementsprechend regelt das Eigentumsrecht die Beziehung des Eigentümers zu allen Nicht-Eigentümern in bezug auf das Eigentumsobjekt. Es schliesst die Einwirkungen der Nicht-Eigentümer auf das Eigentumsobjekt in mehr oder weniger vollständigem Masse aus, weil solche Einwirkungen die Herrschaft des Eigentümers über das Objekt beeinträchtigen. Dadurch sichert es die tatsächliche Herrschaft des Eigentümers über seine Sache vor Eingriffen von Drittpersonen und ermöglicht dem Eigentümer die Nutzung seines Grundstückes.

Die wesentlichste Funktion des Eigentumsrechts besteht also in der Ausschliessung fremder Einwirkungen¹⁶¹). Daneben muss der Eigentümer dieses Recht übertragen und die Sache nötigenfalls von Dritten herausverlangen können.

Das Ausschliessungsrecht wendet sich gegen die Einwirkung als solche, dh. gegen den Vorgang der Einwirkung auf das Eigentumsobjekt und dessen Ursachen.

Damit stellt sich die Frage, ob sich aus dem Eigentumsrecht auch direkt ein Anspruch gegen den Erfolg der Einwirkung und gegen den durch sie herbeigeführten Schaden ergebe.

Die Vermögenseinbusse als solche --- hänge sie nun direkt mit dem Vorgang oder mit dem objektiven Erfolg der Einwirkung zusammen --- kann dem Eigentumsrecht nicht widersprechen, weil sie sich auf einer andern Ebene befindet.

Aber auch der objektive Erfolg steht mit dem Eigentumsrecht am betr. Grundstück sicher dann nicht im Widerspruch, wenn er nicht dieses Grundstück, das Eigentumsobjekt, sondern die sich darauf befindenden Fahrnisgegenstände oder Menschen betroffen hat.

Schliesslich kommen wir aber auch zum gleichen Resultat, wenn der objektive Erfolg der Einwirkung auf ein Grundstück eine Veränderung dieses Grundstückes oder seiner Bestandteile darstellt; denn diese Veränderung beeinträchtigt die Herrschaft über die Sache nicht¹⁶²), sie

¹⁶¹) Vgl. Blumer 131; Bauhofer 5; Rothenhäusler 94; Bachmann 14; Pininski 14; Gesterding 3/4; Sell 16/17; Schlossmann, JheringsJ. 45, 327, 338; Ehrenzweig I 2, 126; Kühlenbeck II 503; Ripert, droit de propriété 291.

Vgl. im übrigen die Zusammenstellungen von Definitionen des Eigentumsbegriffs bei Pagenstecher I 3; Schlossmann, JheringsJ. 45, 386 ff.; Randa I 2 N 3.

¹⁶²) Wenn v. Tuhr I 245/46 aus dem dinglichen Recht einen Anspruch auf Beseitigung des durch einen Eingriff herbeigeführten dauernden, dem absoluten Recht widersprechenden Zustandes ableitet, so versteht er darunter offenbar den «Zustand» der Herrschaft des Eigentümers, d.h. deren «Gestörtsein» resp. «Unge-störtsein». Dies ergibt sich aus seiner Feststellung, dass der dingliche Anspruch auf

setzt höchstens ihren praktischen Wert ¹⁶³⁾ herab ¹⁶⁴⁾ ¹⁶⁵⁾. Die Rechtsverletzung liegt nur im Vorgang der Einwirkung; denn nur der Vorgang hindert die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über die Sache. Wir können den Vorgang als die Anmassung einer Funktion betrachten, die dem Eigentümer vorbehalten bleiben sollte, als eine teilweise Ausübung der Herrschaft über das fragliche Eigentumsobjekt ^{165a)}.

Wir kommen daher zum Schluss, dass nur der Vorgang der Einwirkung dem Eigentumsrecht direkt widerspricht. Die sich aus dem Eigentumsrecht ergebenden Klagen, die die Verhinderung von dessen Verletzung bezwecken, müssen sich daher gegen den Vorgang und dessen Ursachen richten. Wo die Verhinderung der Verletzung nicht erreicht wurde, dh. wo ein objektiver oder auch nur ein finanzieller Erfolg eingetreten ist, ergibt sich aus dem Eigentumsrecht als solchem keine Klage auf Wiedergutmachung. Die negatorische Klage beschränkt sich dementsprechend auf die Durchsetzung der Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche im Sinne der vorn verwendeten Terminologie ¹⁶⁶⁾ ¹⁶⁷⁾.

«Innehaltung der Grenzen zwischen den Rechtskreisen des Berechtigten und seines Gegners» gerichtet sei. Unter «Innehaltung» kann man aber nicht die Wiederherstellung einer Sache verstehen. Der gleiche Autor identifiziert allerdings nachher (I 251) die Herstellung des früheren Zustandes gemäss BGB 249 mit der Wiederherstellung gemäss dem Beseitigungsanspruch, was m. E. unrichtig ist. Vgl. vorn N 158 und hinten N 169; ausserdem Schmidt 100/01, der im Beseitigungsanspruch einen Anspruch auf Naturalersatz unter Ausschluss des direkt im Vermögen entstehenden Schadens sieht; vgl. vorn N 143 und § 4 nach N 50.

¹⁶³⁾ Es kann sich um einen wirtschaftlichen, aber auch um irgend einen andern Wert handeln, z. B. einen ästhetischen. Der Wert der Sache resp. der Herrschaft über sie ergibt sich aus ihrer Benützbarkeit für den Eigentümer zur Befriedigung seiner Bedürfnisse irgendwelcher Art.

¹⁶⁴⁾ Bei Vernichtung der Sache geht die tatsächliche Herrschaft unter, die durch das Eigentumsrecht vor den Nicht-Eigentümern geschützt werden sollte. Dieses Recht fällt daher dahin. Die Vernichtung des Eigentumsobjektes kommt aber nur bei Mobilien in Frage.

¹⁶⁵⁾ Es gibt auch Grenzfälle. Um einen solchen handelt es sich beim Ueberbau (ZGB 674), der eine ständige latente Beeinträchtigung der Herrschaft darstellt, weil er zum angrenzenden Grundstück gehört und vor dort aus benützt wird. Vgl. vorn N 129 und § 2 N 47.

^{165a)} Vgl. die im Pandektenrecht entstandene Kontroverse über die Frage, ob die actio negatoria des römischen Rechts nur zur Abwehr von Eingriffen geeignet war, die Gegenstand einer Servitut bilden konnten; vgl. vorn § 3 zu N 18.

¹⁶⁶⁾ Auf dem gleichen Boden steht das schweizerische Recht im Gebiete anderer absoluter Rechte; vgl. vorn zu N 148 in bezug auf die Persönlichkeitsrechte. Ueber die abweichende Regelung in Art. 39 des Liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts und in schweizerischen Spezialgesetzen vgl. Germann, Vorarbeiten 125 N 178 und S. 126.

Aktiv legitimiert ist der Eigentümer und neben ihm der Inhaber von beschränkten dinglichen Rechten, sofern er durch die Einwirkung in der Ausübung dieser Rechte beeinträchtigt wird. Als Beklagter kommt jeder Dritte in Frage, dh. die Passivlegitimation kommt jedem Störer und auch jedem Auftraggeber eines Störers zu ¹⁶⁸).

Voraussetzung der Klage ist neben dem Eigentums- resp. dem beschränkten dinglichen Recht nur die widerrechtliche Störung, nicht aber ein Verschulden oder eine besondere Art der Ursache, wie bei den deliktischen Ersatzklagen obligatorischer Natur; denn die Ausschaltung der Störungen stellt ja den Inhalt des Eigentumsfreiheitsanspruches dar.

Wer demgegenüber einen obligatorischen Anspruch erhebt, «greift gewissermassen in eine fremde Rechtssphäre herüber, um aus derselben für sich einen Vorteil zu erlangen. Anders beim Anspruch aus absolutem Recht; hier wird nichts anderes verlangt als die Beseitigung des Hindernisses, welches der Ausübung der Herrschaft des Berechtigten über das Objekt entgegensteht; nicht eine Verschiebung, sondern eine Innehaltung der Grenzen zwischen den Rechtskreisen des Berechtigten und seines Gegners» ¹⁶⁹).

Mit diesem Hinweis erklärt v. Tuhr auch, weshalb wir eine Schadenersatzpflicht nur anerkennen können, wenn ein besonderer Haftungsgrund vorliegt: weil die Leistung von Schadenersatz eine Leistung aus der eigenen Vermögenssphäre darstellt. Ein solcher rechtlicher Eingriff, der — abgesehen vom öffentlichen Recht — sonst immer auf dem freien, sich verpflichtenden Willen des Rechtssubjektes oder dessen familienrechtlichen Banden beruht, soll nicht an die Tatsache der rechtswidrigen Schädigung an sich geknüpft werden.

¹⁶⁷) Auch der Anspruch auf Ersatz des durch den Einwirkungs-Vorgang direkt herbeigeführten Schadens (vgl. vorn N 142) ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Eigentumsrecht; denn auch dieser Schadenersatzanspruch betrifft im Gegensatz zum Unterlassungsanspruch eine in der Vergangenheit liegende Beschränkung der Herrschaft des Eigentümers, die nicht rückgängig gemacht werden kann. Direkte Ansprüche aus dem Eigentumsrecht ergeben sich nur für die Gegenwart und für die Zukunft.

¹⁶⁸) Vgl. Haab N 41 zu ZGB 641; Leemann N 41 zu ZGB 641; Roemer 4 ff.

¹⁶⁹) v. Tuhr I 246. Dieser Autor greift im folgenden die herrschende deutsche Auffassung an, wonach der dingliche Beseitigungsanspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes auf Kosten des Beklagten geht, weil er darin einen Eingriff in die Rechtssphäre des Störers sieht, der nach seiner Auffassung an die Voraussetzung des Verschuldens geknüpft werden sollte, vgl. I 250 ff., namentlich N 36; dazu Schmidt 4/5.

Diese Feststellung steht höchstens scheinbar in einem gewissen Widerspruch zu unserer vorn ^{169a)} vertretenen Auffassung, dass die Schadenersatzpflicht nicht auf dem Gedanken der Uebelszufügung beruht. Zweck des Schadenersatzes ist immer die Ausgleichung von rechtswidrigen Schäden. Da diese Ausgleichung aber einen Eingriff in die Rechtssphäre des Schädigers mit sich bringt — sie kann nicht gratis erfolgen — setzt sie einen Haftungsgrund voraus, aus dem die Verpflichtung sich ergibt. Wo eine Verpflichtung besteht, richtet sich ihr Umfang vorwiegend nach der Höhe des Schadens, dessen Wiedergutmachung als ihr Zweck erscheint. Wo sie aber in Ermangelung eines Haftungsgrundes fehlt, muss der Geschädigte den Schaden selbst tragen wie bei Naturkatastrophen, unabhklärten Schadenursachen, unglücklichen Zufällen und anderen Wechselfällen des Schicksals.

Zuerst ist daher jeder Schadenersatzanspruch vom Standpunkt des in Anspruch Genommenen aus zu betrachten und die Frage zu stellen, ob in seiner Person ein Grund dafür besteht, dass die Rechtsordnung korrigierend eingreife und ihm die Verpflichtung zur Ausgleichung des in einem anderen Rechtskreis entstandenen Schadens auferlege. Wo diese Frage bejaht wird, soll dem Verpflichteten damit nicht primär ein Uebel zugefügt, sondern der Geschädigte schadlos gehalten werden. Die Uebelszufügung ist nur eine Begleiterscheinung der Leistung von Schadenersatz.

3. Die Besitzesschutzklagen ¹⁷⁰⁾

Ansprüche auf Beseitigung von störenden Zuständen und auf Unterlassung weiterer Einwirkungen auf ein Grundstück ergeben sich — abgesehen von ZGB 679 — neben ZGB 641 II auch aus ZGB 928. Während die Klagen aus ZGB 641 II auf dem Eigentumsrecht beruhen, werden diejenigen aus ZGB 928 aus dem Besitz abgeleitet.

a) *Eigentum und Besitz*: Wir haben im vorhergehenden Abschnitt ¹⁷¹⁾ die negatorische Klage aus der als Ausschliessungsrecht zu umschreibenden Seite des Eigentumsrechts abgeleitet und ihre Funktion in der Sicherung der tatsächlichen, von der Rechtsordnung anerkannten Herrschaft des Eigentümers über das Eigentumsobjekt vor fremden, störenden Eingriffen gesehen.

Soll der Besitz hier den gleichen Schutz geniessen wie das Eigentum?

^{169a)} Vorn zu N 52.

¹⁷⁰⁾ Einzutreten ist hier auf diejenigen Besitzesschutzklagen, die gegen die Störung des Besitzes gerichtet sind, unter Ausschluss der gegen den Entzug des Besitzes gerichteten Ansprüche gemäss ZGB 927.

¹⁷¹⁾ Abschn. 2; vgl. vorn zu N 153 ff.

Diese Frage ist zu bejahen, weil dem Institut des Besitzes in seinem Anwendungsbereich die gleiche Funktion des Schutzes der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache zukommt wie dem Eigentum¹⁷²⁾. In bezug auf diesen Punkt sind Eigentum und Besitz einander gleichzustellen¹⁷³⁾; denn das Recht des Besitzes¹⁷⁴⁾ soll wie dasjenige des Eigentums Störungen der von der Rechtsordnung anerkannten tatsächlichen Herrschaft über eine Sache ausschliessen: Der einmal begründete Besitzstand, die realisierte Herrschaft, soll nicht eigenmächtig gebrochen werden¹⁷⁵⁾.

Der Unterschied zwischen Eigentum und Besitz liegt auf einer ganz anderen Ebene: auf derjenigen des Tatbestandes, an den sie geknüpft sind. Das Eigentumsrecht an einer Sache steht einer bestimmten Person nur zu, wenn es ihr rechtsgültig übertragen worden ist oder wenn es ihr auf einem der speziellen Wege des originären Eigentumserwerbs zugekommen ist. Diese Tatbestände, auf denen das Eigentumsrecht beruht, sind aber für den täglichen Verkehr zu wenig leicht erkennbar, weil sie in der Vergangenheit liegen, dh. weil das aus ihnen abgeleitete Recht sie zeitlich überdauert. Bei Grundstücken wird der Eigentumsübergang zwar verbucht. Er ist daher jederzeit viel leichter beweisbar als der entsprechende Vorgang bei Fahrnis. Trotzdem ist er auch hier oft nicht ohne weiteres augenscheinlich.

Unsere Rechtsordnung kennt daher eine Art «Hilfsrecht»¹⁷⁶⁾, das auf der jederzeit wahrnehmbaren tatsächlichen Herrschaft beruht¹⁷⁷⁾

¹⁷²⁾ Vgl. Jhering, JheringsJ. 32, 50.

¹⁷³⁾ Jhering (JheringsJ. 32, 41) schliesst schon aus dem Sprachgebrauch, dass Besitz und Eigentum sich in ihrer äusseren Erscheinung im Leben nahezu decken.

¹⁷⁴⁾ Die im letzten Jahrhundert heftig umstrittene Frage, ob der Besitz ein Recht sei oder nicht, gibt heute kaum mehr zu Kontroversen Anlass, da sich ziemlich allgemein die Auffassung durchgesetzt hat, dass der Besitz ein auf einem Tatbestand beruhendes Recht ist, wobei aber für den Tatbestand und das Recht der gleiche Ausdruck «Besitz» verwendet wird; vgl. Düring 27; Jenny 23/24; Jhering, JheringsJ. 32, 68/69; Kraenzlin 75; Homberger N 10 der Vorbem. zum 24. Titel des ZGB.

Die Besonderheit des Besitzes gegenüber anderen Rechten besteht in dieser Hinsicht darin, dass die Existenz des Besitzes zeitlich durch den Fortbestand des Tatbestandes der tatsächlichen Herrschaft bedingt ist; vgl. hinten zu N 178.

¹⁷⁵⁾ Vgl. Düring 97; Roemer 41; Wieland N 1 b zu ZGB 926; Homberger N 14 der Vorbem. vor ZGB 919 und N 2 zu ZGB 926.

¹⁷⁶⁾ Während man demgegenüber das Eigentum als Vollrecht bezeichnen kann; vgl. Jenny 26/27.

Weiter ging die deutschrechtliche Gewere, die nicht nur die tatsächliche Gewalt und Nutzung, sondern auch ein dingliches Recht voraussetzte; vgl. Jenny 12 ff.; Kraenzlin 13; Düring 23/24.

und in bezug auf die Nutzung der Sache die gleichen Befugnisse verleiht wie das Eigentumsrecht: den Besitz. Der Tatbestand der tatsächlichen Herrschaft dauert an und ist daher für jedermann jederzeit erkennbar. Wenn er aufhört und in Vergessenheit gerät, dh. nicht mehr direkt erkennbar ist, geht damit das daran geknüpfte Hilfsrecht, der Besitz, unter ¹⁷⁸⁾).

Die Ansprüche aus dem Besitz richten sich auch gegen jedermann. Der Besitz kann daher als dingliches Recht bezeichnet werden. Auf alle Fälle steht er den dinglichen Rechten innerlich sehr nahe ¹⁷⁹⁾).

Der Unterschied zwischen Eigentum und Besitz liegt nicht im Bereich der Nutzungs- und Ausschliessungsrechte, sondern in der Auseinandersetzung um das Recht, wo das Eigentum natürlich stärker ist als sein auf dem Schein beruhendes Hilfsrecht.

b) *Die possessorischen Beseitigungs- und Unterlassungsklagen:* Da die Beseitigungs- und Unterlassungsklagen nicht dem Kampf um das Recht, sondern der Aufrechterhaltung der durch das Recht anerkannten tatsächlichen Herrschaft dienen, ergibt sich aus der Gegenüberstellung von Eigentum und Besitz, dass die negatorischen und possessorischen Klagen notwendigerweise die gleiche Funktion und den gleichen Inhalt haben ¹⁸⁰⁾. Sie unterscheiden sich nur in bezug auf das Recht, aus dem

¹⁷⁷⁾ Vgl. die sog. Legitimationsfunktion des Besitzes, die uns hier aber nicht näher interessiert.

¹⁷⁸⁾ Vgl. Jenny 25; Jhering, JheringsJ. 32, 71. Wenn der Uebergang der direkten tatsächlichen Gewalt auf einer Uebertragung der Sache zu einem beschränkten dinglichen oder einem persönlichen Recht beruht (ZGB 920 I), geht der vorbestehende Besitz nicht unter (vgl. Düring 59; Wieland, Vorbem. zu ZGB 919—941, N 1, sowie N 1 zu ZGB 920; Homberger N 6 zu ZGB 920). Er wird dann als selbständiger Besitz bezeichnet im Gegensatz zum unselbständigen Besitz dessen, dem die Sache übertragen worden ist. In diesem Fall hört der Besitz des Erstbesitzers auf, wenn er vom unselbständigen Besitzer nicht mehr anerkannt wird; vgl. Homberger, N 7 zu ZGB 920; Jenny 113.

In bezug auf die Besitzesschutzklagen sind der selbständige und der unselbständige Besitzer einander gleichgestellt: dabei ist aber im Einzelfall nur derjenige Besitzer aktiv legitimiert, dessen Besitz beeinträchtigt worden ist. Unter bestimmten Umständen können die Besitzesschutzklagen auch beiden Besitzern zustehen: vgl. Düring 64 ff.; Homberger, N 17 zu ZGB 926 und N 3 ff. zu ZGB 928; Roemer 50; Wieland N 6 zu ZGB 928.

¹⁷⁹⁾ Vgl. Jenny 26; Homberger N 10 der Vorhem. vor ZGB 919.

¹⁸⁰⁾ Vgl. Roemer 45; Homberger N 18 und 20 zu ZGB 928 betr. die Abgrenzung des Schadenersatzanspruches.

Beim Besitzesschutz wird die Unterlassungsklage auch gewährt, wenn noch keine Störung stattgefunden hat; vgl. Düring 111; Homberger N 21 zu ZGB 928; Roemer 46; LU 1919, 45.

sie abgeleitet werden und damit selbstverständlich in bezug auf die *Aktivlegitimation*: Die negatorischen Klagen können nur vom Eigentümer, die possessorischen nur vom Besitzer angestrengt werden. In bezug auf die *Passivlegitimation* entsprechen sie sich demgegenüber: Beide richten sich gegen den Störer¹⁸¹⁾.

Auch die possessorischen Klagen kennen keine den Haftungsgründen des Deliktsrechts entsprechende Voraussetzung.

Nach ZGB 928 richten sich die possessorischen Klagen gegen *verbotene Eigenmacht*, ein Ausdruck, dem wir bei den negatorischen Klagen nicht begegnet sind.

Trotzdem handelt es sich hier nicht um eine Voraussetzung, die den negatorischen Klagen fremd ist. Unter *Eigenmacht* ist eine Einwirkung auf das Objekt des Besitzes, eine Beeinträchtigung der tatsächlichen Herrschaft zu verstehen¹⁸²⁾. Verboten ist die *Eigenmacht*, wenn sie über die von der Rechtsordnung gezogenen Grenzen der erlaubten Einwirkung hinausgeht¹⁸³⁾. Unter Grundstücks-Besitzern sind auch hier die

Die Praeventivklage ergibt sich zwar auch hier nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes. Sie wird nicht nur beim Besitz, sondern auch bei andern Rechten über den Wortlaut des Gesetzes hinaus gefordert und gewährt; vgl. v. Tuhr/Siegwart I 377/78; Egger N 82 zu ZGB 28; a.M. Naef 103; Rothenhäusler 97.

Eine Praeventivklage ergibt sich im übrigen auch aus OR 59. Sie wird auf die *cautio damni infecti* zurückgeführt (Becker N 1 zu OR 59). Sie steht jedermann zu, der durch das Gebäude oder Werk eines andern bedroht wird. Diese Bestimmung spielt aber in der Praxis kaum eine Rolle. In der von Usteri und Reimann herausgegebenen Kartothek zum OR findet sich überhaupt keine Karte zu diesem Artikel. In der SJZ ist seit dem Bd. 6 (1909/10) kein Urteil dazu resp. zu dem wörtlich mit ihm übereinstimmenden Art. 68 aOR mehr publiziert worden. Auch die in den früheren Jahrgängen veröffentlichten Entscheide, in denen auf die fragliche Bestimmung hingewiesen wird (3, 186; 4, 84; 6, 30/31), stellen mit einer Ausnahme (2, 30) keine Anwendungen dieser Norm dar.

¹⁸¹⁾ Als passiv legitimiert gilt auch der Arbeitgeber bei Besitzsstörungen durch seine Arbeiter, wenn er die Pflicht zur Verhinderung und Untersagung des betr. Verhaltens hatte; vgl. Düring 130. Roemer 53 will in Analogie zu OR 55 auf diese spezielle Voraussetzung verzichten.

¹⁸²⁾ Vgl. Düring 93/94; Wieland N 2 zu ZGB 928; Homberger N 4 zu ZGB 926 betont, dass der Ausdruck «Eigenmacht» zu eng ist, vgl. auch N 5.

¹⁸³⁾ Roemer 42/43 stellt demgegenüber darauf ab, ob der Eingriff gegen den Willen des Besitzers erfolgt. Auch Düring 97 ff. nennt dieses Kriterium: er anerkennt den Willen des Besitzers aber nur insoweit als massgebend, als er von der Rechtsordnung als relevant betrachtet wird. Wieland N 2 zu ZGB 926 umschreibt die verbotene *Eigenmacht* als gegen den Willen des Besitzers vorgenommenen und nicht aus besonderen Gründen erlaubten Eingriff in eine fremde Besitzessphäre.

durch das Nachbarrecht festgelegten Grenzen massgebend¹⁸⁴⁾. Der vom Gesetzgeber und auch von der Literatur verwendete Begriff der verbotenen Eigenmacht deckt sich also inhaltlich mit dem von uns bisher verwendeten Begriff der (rechtswidrigen) Einwirkung¹⁸⁵⁾.

ZGB 928 erwähnt neben den hier in den Vordergrund gestellten possessorischen Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen einen Anspruch auf Schadenersatz und unterscheidet sich also auch in dieser Beziehung von ZGB 641 II.

Auch dieser Schadenersatzanspruch richtet sich gegen die bereits abgeschlossene Besitzesstörung, dh. gegen ihren Erfolg¹⁸⁶⁾.

Rechtsprechung und Literatur sind sich darüber einig, dass es sich hier im Gegensatz zu dem in ZGB 679 statuierten Schadenersatzanspruch nicht um eine spezielle Haftungsart handelt. Die Erwähnung dieser Schadenersatzklage ist nur als ein Hinweis auf den deliktischen Anspruch aus OR 41 zu verstehen¹⁸⁷⁾.

4. Zusammenfassung

Bei der Gegenüberstellung der deliktischen Ansprüche einerseits und der negatorischen resp. possessorischen Ansprüche andererseits ergibt sich also, dass einer grundsätzlichen Verschiedenheit in bezug auf die Klageziele ein Unterschied bei den Klagevoraussetzungen entspricht: Die Schadenersatzklagen setzen im Gegensatz zu den sich direkt aus dem Eigentum und dem Besitz ergebenden Beseitigungs- und Unterlassungsklagen ein Verschulden oder einen andern Haftungsgrund voraus. Diese «klassischen» Ansprüche, die in den Rechtsordnungen der umliegenden Staaten auch das nachbarliche Verhältnis regeln, erfüllen dementsprechend die Forderungen der formalen Gerechtigkeit.

Das schweizerische Recht kennt im Gegensatz zu diesen Rechtsordnungen neben den deliktischen und negatorischen resp. possessorischen Ansprüchen verwandte Klagen, die sich aus ZGB 679 ergeben. Dabei

¹⁸⁴⁾ Düring 114 ff.; Homberger N 14 zu ZGB 928; LU 1920, 85; 1949, 564; AG 1929, 102.

¹⁸⁵⁾ Die Literatur unterscheidet zwischen subjektiver und objektiver Eigenmacht, je nachdem, ob der Störer das massgebende Verbot kannte oder nicht; vgl. Düring 100 ff., der m.E. mit Recht betont, dass die Besitzeschutzklagen sich auch gegen nur objektive Eigenmacht richten.

Dagegen fallen Einwirkungen, die auf Naturereignisse zurückzuführen sind, als Eigenmacht ausser Betracht; vgl. Düring 107/08.

¹⁸⁶⁾ Vgl. Homberger N 18 und 20 zu ZGB 928.

¹⁸⁷⁾ Vgl. statt vieler Homberger N 23 zu ZGB 928 und N 27 zu ZGB 927; Roemer 55, namentlich N 1; BS 1941—42, 119.

zeigt sich die Besonderheit, dass in diesem Artikel Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadenersatz-Ansprüche zusammengefasst und von den gleichen Klagevoraussetzungen abhängig gemacht werden¹⁸⁸). Eine der Verschiedenheit der Klageziele entsprechende Verschiedenheit der Klagevoraussetzungen fehlt also.

Da wir bei der Auslegung von ZGB 679 von der Voraussetzung ausgehen, dass unsere Rechtsordnung dem Gedanken der formalen Gerechtigkeit so gut als möglich entspreche, besteht unsere Aufgabe im folgenden Paragraphen darin, das Wesen der Grundeigentümerhaftpflicht so festzulegen, dass diese Haftungsart dem erwähnten Gedanken nicht widerspricht.

§ 8. Der Inhalt von Art. 679 ZGB und seine Stellung in unserer Rechtsordnung

Aus unseren Ausführungen in § 7 ergibt sich die Notwendigkeit, einerseits die auf ZGB 679 beruhenden Beseitigungs- und Unterlassungsklagen den negatorischen und possessorischen Ansprüchen gegenüberzustellen und anderseits die in ZGB 679 erfolgte Gleichstellung des Schadenersatzanspruches gegen den Grundeigentümer mit diesen Klagen in bezug auf die Voraussetzungen zu erklären, dh. den Unterschied zwischen diesem Schadenersatzanspruch und den entsprechenden Ansprüchen des Haftpflichtrechts darzulegen.

Wir können die sich aus ZGB 679 ergebenden Klagen aber nicht mit den entsprechenden negatorischen, possessorischen und deliktischen Ansprüchen vergleichen, bevor wir ihren Inhalt festgelegt haben. Es erweist sich daher als notwendig, dass wir vorerst diesen Inhalt und namentlich den dafür zentralen Begriff der Grundeigentumsüberschreitung in einer bestimmten Art und Weise festlegen, wobei wir ihn logisch aus dem Begriff des Eigentumsrechts ableiten. Nachher können wir, von der Annahme der Richtigkeit unserer Umschreibung ausgehend, die nötigen Vergleiche anstellen. Dabei können wir retrospektiv bei jedem Vergleich

¹⁸⁸) Wir haben bereits darauf hingewiesen, dass das Gesetz auch beim Besitzzschutz den Schadenersatzanspruch im gleichen Satz wie die Beseitigungs- und Unterlassungsklagen erwähnt, ohne besondere Voraussetzungen zu nennen. Nach dem Wortlaut der in Frage stehenden Artikel müsste daher konsequenterweise entweder auch aus ZGB 928 eine Haftung ohne Verschulden abgeleitet oder die Erwähnung des Schadenersatzanspruches in ZGB 679 ebenfalls als Hinweis auf OR 41 betrachtet werden. Gegen diese Auslegung sprechen die Materialien und gestützt darauf die gesamte Rechtsprechung und Literatur.

unsere Interpretation von ZGB 679 überprüfen. Wo diese Interpretation von der herrschenden Meinung abweicht, werden wir untersuchen, ob der fragliche Vergleich eher für die herrschende Meinung oder für unsere eigene Auffassung spricht.

A. Wie ist Art. 679 ZGB auszulegen?

I. DIE GRUNDEIGENTUMSÜBERSCHREITUNG

1. Die Bedeutung der «Ueberschreitung des Eigentumsrechts»

Der Begriff der Grundeigentumsüberschreitung stellt diejenige Voraussetzung der Klagen aus ZGB 679 dar, durch die sie sich von allen verwandten Klagen unterscheiden. Die Bedeutung dieses Begriffes ist umso grösser, als ZGB 679 — abgesehen von der Einwirkung resp. dem Schaden — keine andern Voraussetzungen aufstellt.

Wir haben in § 7 das Eigentumsrecht als Ausschliessungsrecht umschrieben. Wie soll aber ein Ausschliessungsrecht überschritten werden, dh. ein Recht, das durch Anrufung des Richters geltend gemacht werden muss?

Wenn das Eigentumsrecht¹⁾ als absolutes Ausschliessungsrecht aufgefasst wird, kann der Eigentümer jede auch noch so minime und praktisch bedeutungslose Einwirkung auf sein Grundstück abwehren. Dann wird er in der Benützung seines Grundstückes, dh. in der Ausgestaltung der tatsächlichen Herrschaft darüber, durch keinerlei tatsächliche Einwirkungen mehr gestört, wohl aber durch die Unterlassungs- und Beseitigungsklagen seiner Nachbarn (rechtliche Einwirkungen); denn diese nehmen das gleiche absolute Ausschliessungsrecht für sich in Anspruch und rufen ihm gestützt darauf bei der Ausübung seines Eigentumsrechts immer wieder ihr «Veto» entgegen, weil sie seinen Einwirkungen ebenso zwangsläufig und regelmässig ausgesetzt sind wie er den ihren. Da die Ausübung des Eigentumsrechts immer wieder zu Einwirkungen auf die Nachbarliegenschaften führt, würde die absolute Ausgestaltung des Eigentumsrechts an Grundstücken also zu einer bedeutenden Herabsetzung der Möglichkeiten seiner praktischen Ausübung

¹⁾ Da die beschränkten dinglichen Rechte als Abspaltungen vom Eigentumsrecht angesehen werden können, sind diese Ueberlegungen auch auf ihre Verletzung anwendbar; vgl. Leemann, N 23 der Einleitung zu ZGB 730 ff. Wenn im folgenden von der Verletzung des Eigentumsrechts die Rede ist, ist daher darunter auch die Verletzung eventueller beschränkter dinglicher Rechte zu verstehen.

führen: Der uneingeschränkte Schutz vor den tatsächlichen Einwirkungen der Nicht-Eigentümer hätte zur Folge, dass der Eigentümer dafür den rechtlichen Einwirkungen uneingeschränkt ausgesetzt wäre.

Diese Verhältnisse, die durch den künstlichen Charakter der Grundstücksgrenzen bedingt sind, mussten zu einer Beschränkung des Ausschliessungsrechts der Grundeigentümer führen, zu einem *modus vivendi* unter Grundeigentümern: zum *Nachbarrecht*²⁾. Gestützt darauf kann der Grundeigentümer nicht mehr alle Einwirkungen von den Nachbargrundstücken auf dem Rechtswege ausschalten, sondern nur noch diejenigen, die ihn wirklich behindern, deren Duldung ihm nicht zugemutet werden kann. Andererseits darf er selbst auch Einwirkungen auf die Nachbargrundstücke verursachen, solange diese Einwirkungen nicht dieselben Voraussetzungen ihrer Rechtswidrigkeit erfüllen.

Die nachbarrechtlichen Eigentumsbeschränkungen entpuppen sich also wider Erwarten nicht als eine Beschränkung der Befugnis des Eigentümers, auf seinem Grundstück zu tun und zu lassen, was ihm beliebt, sondern als eine Beschränkung seines Ausschliessungsrechts und damit als die Pflicht zur Duldung gewisser Einwirkungen, sofern man vom absoluten Eigentumsbegriff ausgeht. Damit ist aber auch der Anspruch gegen die Nachbarn verbunden, dass sie ihrerseits gewisse Einwirkungen dulden. Dieser *Duldungsanspruch* bezieht sich namentlich auch auf eine übermässige Gefährdung, die mit der Tätigkeit des Nachbarn verbunden sein kann und der der Nachbar nicht auszuweichen vermag^{2a)}.

Wenn wir von Ueberschreitung des Eigentumsrechts sprechen, sind darunter ohne Zweifel tatsächliche Ueberschreitungen zu verstehen. Es kann sich nicht um eine zu weit gehende Handhabung des Ausschliessungsrechts handeln; denn Uebertreibungen in dieser Hinsicht würde der Richter, der die betreffenden Ansprüche zu beurteilen hat, nicht schützen. Unter Ueberschreitung ist daher ein *tatsächlicher* Verstoß gegen die rechtliche Stellung des Eigentümers zu verstehen.

²⁾ Die Nachbarn sind den Einflüssen von den Nachbargrundstücken gegenseitig regelmässig und zwangsläufig ausgesetzt.

Diese gewöhnliche nachbarliche Gemeinschaft geht nicht so weit wie die Zwangsgemeinschaft verschiedener Eigentümer der Teile eines Hauses; vgl. dazu LU 1941, 3, aber auch Leemann N 13 zu ZGB 684. Der Unterschied ist aber nur quantitativer Natur. In ZG 1941/42, 54 wurde ZGB 679/684 auch auf das Verhältnis zwischen mehreren Stockwerkeigentümern (nach altem Recht) angewandt.

^{2a)} Diese Duldungspflicht bedeutet nicht, dass der Nachbar auf seinem eigenen Grundstück keine tatsächlichen Vorkehrungen treffen dürfe, um die Störung auszuschalten; vgl. vorn § 4 N 30.

Nur im Rahmen des Nachbarrechts enthält das Eigentumsrecht aber, über das Recht auf Abwehr von Störungen durch Nicht-Eigentümer hinausgehend, auch einen positiven Anspruch gegen Dritte — die Nachbarn — auf Ausübung der tatsächlichen Herrschaft und Duldung ihrer Auswirkungen. Nur dieser Anspruch kann in tatsächlicher Hinsicht überschritten werden. Wo kein solcher Einwirkungsanspruch besteht, ist auch keine tatsächliche «Ueberschreitung» des Eigentumsrechts möglich. Eine Grundeigentumsüberschreitung kommt daher nur unter Nachbarn in Frage.

Nur im nachbarrechtlichen Verhältnis stellt das Eigentumsrecht auch einen Rechtfertigungsgrund für Beeinträchtigungen der Rechte Dritter dar ³⁾). Gegenüber allen andern Rechtsgütern als dem Eigentum — und dem Besitz — an Nachbargrundstücken enthält das Grundeigentumsrecht keinen Einwirkungsanspruch. Es fällt daher bei der Beeinträchtigung dieser Rechtsgüter als Rechtfertigungsgrund ausser Betracht: Die Beurteilung der Frage nach der Rechtswidrigkeit erfolgt unabhängig davon, ob das verletzende Verhalten als Ausübung eines Eigentumsrechts zu qualifizieren sei oder nicht. So stellt das Pflügen eines Ackers sicher eine Ausübung des Eigentumsrechts an diesem Acker dar. Wenn bei dieser Arbeit ein Dritter verletzt wird ⁴⁾), spielt dieser Umstand aber bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit überhaupt keine Rolle.

³⁾ Vgl. die Anwendung des Satzes «neminem laedit qui iure suo utitur» in den verschiedenen Rechtsordnungen und dazu vorn § 3 nach N 41, § 4 Abschn. II 2, § 5 Abschn. III 1.

Man könnte versucht sein, den Schutz eines bestimmten Interesses in bezug auf seine Schädigung einerseits und die Beurteilung der bei seiner Verfolgung eintretenden Schädigungen Dritter anderseits rechtlich gänzlich getrennt zu behandeln. Dann wäre es möglich, die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft des Eigentümers über seine Sache auch in extremsten Fällen vor Einwirkungen Dritter zu schützen, sie aber trotzdem als rechtswidrig zu bezeichnen, wenn sie ihrerseits zur Verletzung von Rechtsgütern Dritter führt.

Diese Argumentation, die auch vom Standpunkt der Logik aus nicht befriedigt, ist aber unhaltbar. Wenn der durch die Ausübung eines Eigentumsrechts geschädigte Dritte sein eigenes Rechtsgut mit allen Mitteln der Rechtsordnung — das Besitzrecht gestattet auch die Selbsthilfe — tatkräftig schützt, wird dadurch die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft unseres Eigentümers beeinträchtigt. Soll diese Beeinträchtigung als Eigentumsverletzung wiederum widerrechtlich sein? Der römisch-rechtliche Satz «neminem laedit qui iure suo utitur», der diese Spaltung zwischen dem Schutz einer Interessenwahrung vor Dritten und der Rechtfertigung der dabei eintretenden Schädigungen Dritter ausschliesst, hat also zweifellos seine Berechtigung.

⁴⁾ Man denke an folgendes Beispiel: Da der Acker an einem Abhang liegt, ziehe ich den Pflug mit einem stationären Motor vermittelt eines Drahtseils. Ein Knabe

Gegenüber einem Nicht-Nachbarn besteht also keine Möglichkeit der Ueberschreitung des Eigentumsrechts⁵⁾).

Die Begrenzung des Inhaltes des Eigentumsrechts und seine Ausdehnung im Sinne eines Anspruches auf Duldung von Einwirkungen müssen so aufeinander abgestimmt sein, dass die Eigentumsrechte der Nachbarn einander nicht widersprechen, dh. dass eine Art nachbarliches Gleichgewicht entsteht. Eine weitere Einschränkung des Ausschliessungsrechts — abgesehen von den öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, die

berührt das Drahtseil und verletzt sich dabei die Hand (vgl. den in der NZZ vom 24.9.51 publ. BGE vom 18.9.51).

Auch wenn ich eine Tanne fälle, übe ich mein Eigentumsrecht aus. Wenn die Tanne beim Sturz einen Nicht-Nachbarn verletzt oder Sachschaden anrichtet, kommt der Tatsache der Eigentumsausübung bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit aber keinerlei Bedeutung zu.

⁵⁾ Diese Argumentation steht mit der historischen Entwicklung mindestens teilweise, sowie mit der Formulierung von ZGB 684 und ABGB 364 II, nicht aber mit derjenigen von BGB 906, im Widerspruch; denn vor der Einführung dieser und ähnlicher nachbarrechtlicher Immissions-Bestimmungen waren die mittelbaren Einwirkungen in vielen Rechtsordnungen schlechtweg erlaubt, unabhängig davon, ob sie übermässig waren (vgl. vorn § 4 nach N 32) und ob sie von einem Nachbarn herrührten oder nicht.

Die historische Entwicklung im letzten Jahrhundert stellt aber kein Gegenargument gegen unsere Darlegungen dar, weil die nachbarliche Rücksichtnahme von der Rechtsordnung schon viel früher verlangt worden ist, und weil es sich hier gar nicht um die gleiche Fragestellung handelt wie beim Streit um den Immissionsbegriff.

Da eine tatsächliche Ueberschreitung eines blossen Ausschliessungsrechts nicht möglich ist, gibt es keine Ueberschreitung von Fahrniseigentum.

Wenn die von uns konstruierte Duldungspflicht unter Nachbarn wirklich besteht, muss das Ausschliessungsrecht des Grundeigentümers gegenüber Dritten weiter gehen als gegenüber Nachbarn. Es ist schwierig, hiefür Beispiele zu finden, weil den nicht-übermässigen Einwirkungen Dritter praktisch keine Bedeutung zukommt; denn sie können nicht ständig erfolgen resp. sich immer wieder wiederholen: *minima non curat praetor*. Immerhin können der Grundeigentümer gegenüber Nicht-Nachbarn und der Fahrniseigentümer wegen jeder Sachbeschädigung Schadenersatz verlangen, sofern ein Haftungsgrund vorliegt, während der belangte Nachbar sich eventuell auf den Standpunkt stellen kann, die für die Schädigung kausale Einwirkung sei nicht übermässig und daher nach ZGB 684 erlaubt gewesen. Eindeutig besteht die Duldungspflicht z. B. in bezug auf den Ablauf natürlichen Wassers (ZGB 689) und namentlich in bezug auf die Durchleitungen (ZGB 691 ff.). Eine Duldungspflicht gegenüber jedermann besteht nur auf Grund der Notstandsbestimmungen von ZGB 701.

unter anderen Gesichtspunkten erfolgen — ist nicht notwendig und auch nicht gerechtfertigt⁶⁾).

Wenn wir den Begriff der Grundeigentumsüberschreitung logisch aus demjenigen des Eigentumsrechts ableiten, wird er demnach bestimmt durch die Verletzung des Eigentumsrechts der Nachbarn⁷⁾ 8).

⁶⁾ Vgl. zur Frage der Eigentumsbeschränkungen: Blumer 135 ff., 170; Leemann N 21 zu ZGB 680; Keller 93; Bachmann 15; Guisan, JdT 84, 307 08; Werenberg, JheringsJ. 6, 6—8; Hesse, JheringsJ. 6, 385; Randa I 115; Gierke II 421; Mages 47; Kraft, GruchBeitr. 60, 393; Dernburg, Preuss. Privatrecht 508; Mosich, JheringsJ. 80, 257/58; Guérin et Hervé 20; Fosse 81; Capitant, Rev. crit. 1900, 163; Prax 158 ff.; Dernburg/Sokolowski 336; vorn § 2 N 7. Braunschweiler 19 N 35 identifiziert die privatrechtlichen mit den nachbarrechtlichen Eigentumsbeschränkungen.

Wenn in dem vorn (§ 2 nach N 95 a) zit. Urteil GR 1925, 55 die Aktivlegitimation der Klagen aus ZGB 679 jedermann zugestanden und gleichzeitig betont wird, dass nur die Nachbarn sich auf die nachbarrechtlichen Beschränkungen des Grundeigentumsrechts des Störers berufen können, lässt sich daraus schliessen, dass das Kantonsgericht Graubünden andere zivildeliktisch relevante Eigentumsüberschreitungen für möglich hält. Es spricht sich aber nicht näher hierüber aus. Seine Auffassung dürfte daher praktisch zum gleichen Resultat führen wie die hier vertretene Theorie.

Nach BS 1916—20, 170 sind die nachbarrechtlichen Vorschriften für den Begriff der Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts massgebend, wenn man diesen Begriff nur räumlich auffasst.

⁷⁾ Die Verletzung des Eigentumsrechts des Nachbarn ist konkret zu verstehen, d. h. sie muss im konkreten Fall vorliegen. Ein Verhalten eines Grundeigentümers, das unter normalen Umständen nach der allgemeinen Erfahrung zu einer Störung des Nachbarn führen würde, stellt dann keine Grundeigentumsüberschreitung dar, wenn im konkreten Fall die Rechte des Nachbarn nicht beeinträchtigt werden; denn das Eigentumsrecht wird durch die konkreten Interessen des Nachbarn begrenzt und nicht durch theoretische Erwägungen.

In dieser Feststellung liegt kein Widerspruch zur Theorie des adaequaten Kausalzusammenhanges, die auf die generelle Eignung einer Ursache zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges abstellt, weil die Fragestellung hier und dort verschieden ist. Auf Grund der Theorie der adaequaten Verursachung wird geprüft, ob ein Kausalzusammenhang zwischen einer eingetretenen Rechtsgutsverletzung und einer bestimmten Bedingung rechtlich relevant sei oder nicht. (Es handelt sich um die Elimination von Wirkungen fremder Ursachen.) Hier interessiert uns demgegenüber die Frage, ob eine Grundeigentumsüberschreitung auch vorliegen könne, wenn im konkreten Fall entgegen der allgemeinen Erfahrung auf Grund besonderer Umstände das zu schützende Rechtsgut gar nicht verletzt worden ist. Diese Frage stellt sich, weil der Begriff der Grundeigentumsüberschreitung scheinbar von der Rechtssphäre des Störers und nicht von der Rechtsgutsverletzung ausgeht (N 8).

⁸⁾ Der Begriff der Grundeigentumsüberschreitung stellt terminologisch eine Verschiebung des Kriteriums der Rechtswidrigkeit vom verletzten Rechtsgut auf die

In der bisherigen Literatur und Judikatur spielt die Verletzung der Rechte der Nachbarn auch immer wieder eine Rolle. Die betreffenden Ueberlegungen werden aber nicht konsequent durchgeführt. Dies ergibt sich namentlich aus der Bejahung der generellen Aktivlegitimation, die dahinfällt, sobald man den Begriff der Grundeigentumsüberschreitung durch die Verletzung des Eigentumsrechts des Nachbarn bestimmt. Die Anerkennung der Aktivlegitimation von Nicht-Nachbarn setzt daher einen andern Begriff der Grundeigentumsüberschreitung voraus. Wir kommen so zu einer von den entstandenen Rechtsverletzungen unabhängigen Grundeigentumsüberschreitung, die wir deshalb als abstrakt bezeichnen können.

Ein solcher Begriff würde eine neue Rechtswidrigkeit statuieren, die sich nicht aus der Verletzung des Rechtsgutes des Geschädigten, sondern aus der Ueberschreitung der Rechte des Schädigers ergäbe. Er wäre also nicht nur Haftungsgrund ^{8a)} und Grund für die in ZGB 679 aufgestellten Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche ^{8b)}, sondern auch Rechtswidrigkeitsgrund ^{8c)}. Da diese Rechtswidrigkeit von der Verletzung eines Rechtsgutes unabhängig wäre, stände sie mit dem ganzen Aufbau der zivildeliktischen Rechtswidrigkeit im Widerspruch. Es ist nicht einzusehen, durch welche Umstände eine solche Ausnahme erklärt und begründet werden soll.

Auf Grund unserer Auslegung der Grundeigentumsüberschreitung kommen wir zum Schluss, dass ZGB 679 eine Kausalhaftung unter Nachbarn statuiert. Auf ihre innere Rechtfertigung wird im folgenden noch näher einzutreten sein. Vorläufig sei nur erwähnt, dass die Grundeigentümer gegenüber Einwirkungen, die von Nachbarn ausgehen, empfindlicher sind als bei gewöhnlichen Dritten, weil sie ihnen zwangsläufig und regelmässig ausgesetzt sind: Dieses «Ausgesetzt-Sein» bezieht sich nicht nur auf bereits laufend erfolgende Einwirkungen, sondern auch auf die Gefährdung, die mit dem Betrieb auf einem Grundstück gegeben

Ueberschreitung der eigenen Rechtssphäre dar. Dies führt praktisch zu einer Beschränkung der Passivlegitimation.

Man könnte versucht sein, aus der Wahl dieses Ausdrucks eine Stellungnahme des Gesetzgebers zugunsten der subjektiven Theorie der Widerrechtlichkeit (vgl. vorn § 7 nach N 18) abzuleiten. Diese Möglichkeit entfällt aber bei der Bestimmung der Grundeigentumsüberschreitung durch die Verletzung der Rechte der Nachbarn.

^{8a)} Vgl. hinten Abschn. IV Ziff. 1 b.

^{8b)} Vgl. hinten Abschn. III Ziff. 4.

^{8c)} Oder soll die Eigentumsüberschreitung im Sinne der herrschenden Auffassung von der Verletzung eines Rechtsgutes abhängig sein?

nenfalls verbunden ist und der der Nachbar ebenfalls nicht ausweichen kann.

Da diese Argumentation in erster Linie auf den Besonderheiten der Nachbarschaft beruht, ist hier in Bezug auf den Besitzer eine Ergänzung anzubringen. Die Herrschaft des Besitzers über das Grundstück genießt einen ähnlichen rechtlichen Schutz wie das Eigentumsrecht⁹⁾. Auch dieser Schutz geht auf Ausschluss von Störungen (ZGB 928) und würde daher zu einer gegenseitigen Lahmlegung der Aktivität der benachbarten Besitzer führen, wenn jede, auch die minimste Einwirkung davon betroffen würde; denn auch die Besitzer von Grundstücken sind den Einwirkungen von den Nachbargrundstücken zwangsläufig und regelmässig ausgesetzt. Daher gelten auch hier die gleichen Einschränkungen wie unter den Eigentümern¹⁰⁾. Inhaltlich ist also die Abgrenzung zwischen erlaubten und unerlaubten Einwirkungen unabhängig davon, ob sie unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung des Eigentumsrechts oder der Störung des Besitzers geprüft wird. Auch der Besitz an einem Grundstück stellt gegenüber einem Nachbarn einen Rechtfertigungsgrund für die nicht übermässigen Einwirkungen dar. Es liegt daher nahe, bei der Bestimmung des Begriffes der Grundeigentumsüberschreitung nicht darauf abzustellen, ob der Gestörte Eigentümer oder nur Besitzer der benachbarten Liegenschaft ist.

Entsprechende Verhältnisse liegen unter Umständen auch vor zwischen dem Eigentümer und dem Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts am gleichen Grundstück, z. B. eines Wegrechts oder eines Durchleitungsrechts auf Grund von ZGB 691 oder einer speziellen Servitut. Dann erscheint es als geboten, auch hier ZGB 679 anzuwenden.

Es stellt sich noch die Frage, ob die Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Grundeigentumsbeschränkung nicht ebenfalls eine Grundeigentumsüberschreitung darstelle.

Die meisten Autoren¹¹⁾ erwähnen bei der Begründung der Eigentumsbeschränkungen nicht nur die Interessen der Nachbarn, sondern auch diejenigen der Allgemeinheit. Diese Interessen sind mannigfaltiger Natur und ihr Schutz durch die Rechtsordnung ist zweifellos am Platz.

⁹⁾ Vgl. vorn § 7 nach N 171.

¹⁰⁾ Vgl. vorn § 7 N 184.

¹¹⁾ Vgl. die vorn N 6 zitierte Literatur.

Es entspricht der Art dieser Interessen, dass sie durch das öffentliche Recht gewahrt werden: durch die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen ¹²⁾ ¹³⁾, deren Aufstellung in ZGB 702 dem Bund, den Kantonen und den Gemeinden vorbehalten wird ¹⁴⁾.

Entsprechend der öffentlich-rechtlichen Natur dieser Normen werden auch die Sanktionen ihrer Verletzung durch das öffentliche Recht ent-

¹²⁾ Es handelt sich hier um Polizeirecht, das sich vorwiegend auf die Erstellung von Bauten bezieht: materielles Baupolizeirecht (vgl. Haab N 4 ff. zu ZGB 685/86). Diese Bestimmungen können im Gegensatz zu den privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen durch private Vereinbarungen nicht abgeändert werden; vgl. Leemann N 11 zu ZGB 680; Schlegel 18; Braunschweiler 19 ff. Haab N 8 zu ZGB 680, Schlegel 18 und Bachmann 19 betonen, dass die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen zwar nicht aufgehoben, aber erweitert werden können.

Die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen sind ganz anderer Natur als die nachbarrechtlichen. Ihr Inhalt kann zwar ebenfalls in einer Beschränkung des Ausschlussrechts, dh. in der Pflicht zur Duldung gewisser tatsächlicher Einwirkungen bestehen. Auch wenn dies der Fall ist, entspricht dieser Duldungspflicht hier aber kein Duldungsanspruch gegenüber anderen Personen, dessen Grenze tatsächlich überschritten werden könnte. Häufig besteht die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung im übrigen nicht in der Pflicht zur Duldung tatsächlicher, sondern zur Anerkennung rechtlicher Eingriffe, die dem Eigentümer ein bestimmtes Verhalten untersagen oder vorschreiben. Die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen erscheinen also primär nicht als Beschränkungen der durch das Eigentumsrecht verliehenen Befugnisse — wenn sie sich auch gleich auswirken können — sondern als Verhaltensvorschriften, deren Adressaten durch die Eigentümerqualität bestimmt werden.

¹³⁾ Speziellen Beschränkungen unterliegen häufig die Eigentümer von Liegenschaften, die an öffentlichen Grund und Boden anstossen. So gelten in vielen Kantonen in bezug auf öffentliche Strassen besondere Bauabstände (vgl. Braunschweiler 88 ff.). Auch diese Eigentumsbeschränkungen sind öffentlich-rechtlicher Natur. Sie beziehen sich aber doch ausschliesslich auf das nachbarliche Verhältnis zwischen dem Staat und seinen Anstössern; sie sind im Interesse der Benutzung der der öffentlichen Hand gehörenden Liegenschaft aufgestellt worden. Das allgemeine Interesse an diesen Einschränkungen besteht nicht unmittelbar, sondern nur wegen der verwaltungsrechtlichen Widmung der Nachbarliegenschaft für einen bestimmten Zweck. Es rechtfertigt sich daher, die Verletzung dieser Eigentumsbeschränkungen als Grundeigentumsüberschreitungen zu betrachten.

¹⁴⁾ Da es sich um öffentliches Recht handelt, zu dessen Erlass die Kantone ohnehin kompetent sind, liegt kein eigentlicher Vorbehalt vor; vgl. Leemann N 11 ff. zu ZGB 702; Haab N 13 zu ZGB 685/86; Braunschweiler 24; Schlegel 72. Diese Regelung ist zu unterscheiden vom echten Vorbehalt des kantonalen Rechts in bezug auf die Bauabstände und weitere Bauvorschriften (ZGB 686), sowie in bezug auf die Pflanzen an den Grundstücksgrenzen (ZGB 688), wo kantonales Privatrecht vorbehalten wird; vgl. Haab N 13 zu ZGB 685/86 und N 16 zu ZGB 687/88; Leemann N 1 zu ZGB 686; AR 1920/21, 37. Der Bundesgesetzgeber wollte hier in die mannigfaltigen kantonalen Regelungen nicht eingreifen.

sprechend seinen Besonderheiten geregelt¹⁵⁾). Für die Durchsetzung dieser Bestimmungen besteht ein administratives Verfahren, während die privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen im allgemeinen vor dem Zivilrichter geltend gemacht werden müssen¹⁶⁾).

Schon die Tatsache, dass die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen den Interessen der Allgemeinheit dienen, spricht eindeutig dafür, dass die Verletzung einer ausschliesslich öffentlich-rechtlichen Beschränkung keine Grundeigentumsüberschreitung im Sinne des Zivilrechts darstellt. Es wäre stossend, wenn zivilrechtlich nicht geschützte Interessen in Einzelfällen, in denen das gleiche Vorgehen des Eigentümers zufällig noch gegen irgend welche öffentliche Interessen verstösst, durch die Mittel des Privatrechts geschützt würden¹⁷⁾. Auch der Umstand, dass die Rechtsordnung für die Geltendmachung der öffentlich-rechtlichen und der zivilrechtlichen Eigentumsbeschränkungen verschiedene Verfahren zur Verfügung stellt, spricht für diese Auffassung. Wir kommen hier also zum gleichen Schluss wie bei der Prüfung der

¹⁵⁾ Vgl. Haab N 6 zu ZGB 685/86; Braunschweiler 22/23. Leemann, N 15 ff. zu ZGB 680 erwähnt, dass es gesetzliche Eigentumsbeschränkungen gebe, die sowohl nachbarrechtlichen als auch öffentlich-rechtlichen Charakter tragen. Dann sind beide Sanktionen möglich. Haab N 7 zu ZGB 680 nimmt in diesem Fall nicht einen Doppelcharakter der betr. Norm, sondern das Bestehen von zwei Normen an. Vgl. dazu Bachmann 73.

¹⁶⁾ Vgl. Leemann N 12 zu ZGB 680; Schlegel 20, 77 ff.; Bachmann 74 ff.; Braunschweiler 22; AR 1920/21, 37; 1937/38, 34; LU 1931, 16; AG 1932, 18, 142. Schwierigkeiten entstehen, wo sich das sog. Baueinspracheverfahren vor den Verwaltungsbehörden abwickelt; vgl. BL 1924, 20 ff.

¹⁷⁾ Dies mag folgendes Beispiel veranschaulichen: Aus militärischen Gründen ist in früherer Zeit in einer bestimmten Zone die Errichtung von Bauten verboten worden. Dieses Verbot wird wegen Veränderung der Verhältnisse von den Verwaltungsbehörden nicht mehr durchgesetzt, wenn sich der Grundeigentümer von vornherein damit einverstanden erklärt, sein Haus nötigenfalls wieder niederzureissen. Wenn nun durch einen Neubau in dieser Zone die Aussicht eines Nachbarn beeinträchtigt wird, geht es nicht an, die zivilrechtliche Klage des Nachbarn wegen des öffentlich-rechtlichen Bauverbotes zu schützen. Vgl. Rothenhäusler 86; Bachmann 71; Guisan, JdT 99, 142; Schlegel 20, 78/79; AG 1922, 175. Man kommt auch zu diesem Resultat, wenn man den Entscheid der Verwaltungsbehörden als endgültige Entscheidung der öffentlich-rechtlichen Frage betrachtet. Vgl. Weiss 4644. Umgekehrt schliesst das Fehlen eines Verstosses gegen das öffentliche Recht selbstverständlich die Anwendung von ZGB 679 und 684 nicht aus, sofern nicht eine öffentlich-rechtliche Berechtigung (Rechtfertigungsgrund) vorliegt; vgl. AG 1948, 459; AR 1937/38, 34 ff., wo eine solche Berechtigung angenommen wird für Einwirkungen auf ein öffentliches Gewässer, die sich im Rahmen des erlaubten Gemeindegebrauches halten. Vgl. im übrigen vorn § 2 N 87 und SJZ 47, 112.

Frage, ob die Verletzung öffentlicher Interessen eine zivildeliktische Rechtswidrigkeit begründen könne¹⁸⁾).

Das Bestehen öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen steht unserer Auffassung über die Grundeigentumsüberschreitung also nicht entgegen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Begriff der Grundeigentumsüberschreitung keine neue Art von Rechtswidrigkeit statuiert: Verletztes Gut ist hier das ohnehin rechtlich geschützte Eigentum oder der Besitz an einem Grundstück; es handelt sich nicht um ein neues Rechtsgut.

Es liegt aber doch eine Besonderheit vor: Einerseits stellt die Verletzung anderer Rechtsgüter als Eigentum und Besitz an Grundstücken keine Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts dar und andererseits liegt eine Verletzung dieser beiden Rechtsgüter im Sinne der Grundeigentumsüberschreitung nur vor, wenn die Einwirkung weiter geht als der auf dem Nachbarrecht beruhende Duldungsanspruch.

2. Die Ausübung des Eigentumsrechts

Es ist hier noch auf die Frage einzutreten, ob jede Verletzung von Eigentum und Besitz an Grundstücken durch einen benachbarten Grundeigentümer eine Grundeigentumsüberschreitung darstelle. Die Berechtigung dieser Frage ergibt sich aus dem von verschiedenen Autoren verwendeten Beispiel eines Schusses von einem Grundstück auf die benachbarte Liegenschaft. Ist dieser Schuss nach ZGB 679 zu beurteilen?

Das Verhalten des Grundeigentümers hat uns bei der Ableitung des Begriffes der Grundeigentumsüberschreitung nur insofern interessiert, als es als Nutzung der Liegenschaft, als Ausübung der Herrschaft über das Grundstück und damit des Eigentumsrechts erscheint²¹⁾. Ein Verhalten des Grundeigentümers, das damit in keinem Zusammenhang steht, kann keinen Anspruch auf Duldung durch einen andern Grundeigentümer oder Grundstückbesitzer erheben, auch wenn seine Folgen nur mässige Einwirkungen darstellen. Die Nicht-Duldung dieser Folgen

¹⁸⁾ Vgl. vorn § 7 nach N 54.

²¹⁾ Wenn wir dasjenige Verhalten als Ausübung des Eigentumsrechts definieren wollten, bei dem der Eigentümer auf Grund seines Rechts Störungen von Dritten abwehren kann, würden wir in einen *circulus vitiosus* geraten und müssten uns den Vorwurf der *petitio principii* gefallen lassen. Trotzdem kann diese Umschreibung in praktischen Fällen gute Dienste leisten.

durch den Eigentümer resp. Besitzer des Nachbargrundstückes verunmöglicht die Ausübung der Herrschaft über das fragliche Grundstück nicht.

Dasjenige Verhalten des Grundeigentümers oder einer Drittperson fällt demnach als Grundeigentumsüberschreitung ausser Betracht, das keine Nutzung des Grundstückes, keine Ausübung der tatsächlichen Herrschaft darüber darstellt. Dies hat nur insofern einen Einfluss auf die Beantwortung der Frage nach der Rechtswidrigkeit eines solchen Verhaltens, als der nachbarrechtliche Duldungsanspruch hier nicht besteht.

Es könnte allerdings auch argumentiert werden, dass wir den Begriff der Grundeigentumsüberschreitung aus dem Verhältnis der Nachbarschaft abgeleitet haben und dass dieses Verhältnis durch mit der Ausübung des Grundeigentumsrechts in keinem Zusammenhang stehendes Verhalten ebenso gestört werden kann wie durch die Ausübung dieses Rechts. Gestützt darauf sei jede Störung des Eigentumsrechts durch einen Nachbarn als Grundeigentumsüberschreitung zu betrachten.

Diese Ansicht könnte richtig sein, wenn wir unter Nachbarschaft das *persönliche* Verhältnis zwischen zwei Nachbarn verstanden hätten und wenn wir aus diesem persönlichen Verhältnis eine Pflicht zu *besonderer* Rücksichtnahme auf den Nachbarn abgeleitet hätten, dh. zu einer Rücksichtnahme, die wir vielleicht Verwandten, Freunden und Vertragspartnern schulden, nicht aber irgend einem Dritten.

Wir haben aber nicht auf ein solches persönliches Verhältnis der Nachbarschaft abgestellt, sondern auf die Tatsache, dass jeder Eigentümer resp. Besitzer eines Grundstückes einerseits den Einwirkungen und andererseits den Unterlassungsansprüchen seitens der Nachbarn regelmässig und zwangsläufig ausgesetzt ist²²⁾, weshalb der praktische Wert des Eigentumsrechts ohne Duldungsanspruch unter Nachbarn illusorisch werden könnte. Dies gilt aber nur insofern, als die Einwirkungen auf die Nutzung des Nachbargrundstückes zurückzuführen sind. Wo dies nicht der Fall ist, bleibt es für den Eigentümer resp. Besitzer eines Grundstückes gleichgültig, ob die Störung von einem Nachbarn oder einem beliebigen Dritten ausgeht. Nachbarn können zwar auch in diesem Sinn als Störer auftreten, wobei aber ihrer Eigenschaft als Nach-

²²⁾ Dementsprechend geht das hier massgebende Verhältnis der Nachbarschaft unter, sobald einer der beiden Nachbarn sein Verhältnis zum betreffenden Grundstück aufgibt.

barn ein zufälliger Charakter zukommt²³⁾. Die Untersagung solcher Einwirkungen beeinträchtigt den Wert des Eigentumsrechts nicht.

Nehmen wir als Beispiel einen Hund, der von der Wiese des A aus auf die Wiese des B springt und dort irgend einen Schaden anrichtet. In diesem Fall liegt auch dann keine Grundeigentumsüberschreitung vor, wenn A zufällig auch Eigentümer des Hundes ist; denn wer einen Hund auf seiner Wiese herumlaufen lässt, übt damit nicht sein Eigentumsrecht aus.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Störung des Nachbarn von einem Grundstück aus nur dann als Grundeigentumsüberschreitung zu qualifizieren ist, wenn sie die Folge der Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über dieses Grundstück darstellt²⁴⁾.

3. Muss die Grundeigentumsüberschreitung auf einem menschlichen Verhalten beruhen und voraussehbar sein?

Die übermässige Einwirkung von einem Grundstück auf das andere kann ganz verschiedenartige Ursachen haben. Sie kann die unmittelbare Folge des Verhaltens einer Person sein. Dies ist z. B. der Fall, wenn ich auf meiner Liegenschaft für die Sprengung eines Felsblockes so viel Sprengstoff verwende, dass die Fenster meines Nachbarn in Trümmer gehen. Die Beeinträchtigung der Rechte des Nachbarn kann aber auch eine mehr oder weniger mittelbare Wirkung eines menschlichen Verhaltens darstellen: Wenn ein Grundeigentümer eine Anlage erstellt, deren Betrieb Einwirkungen auf die Nachbargrundstücke mit sich bringt. Als Anlage in diesem Sinn ist z. B. ein Schweinestall oder ein schwerer Dampfhammer zu betrachten. Solche Anlagen können auch nur die Gefahr von Einwirkungen begründen, wie dies bei der Einrichtung einer Munitionsfabrik mit Explosionsgefahr der Fall ist.

Schliesslich sind jene Einwirkungen zu erwähnen, die unabhängig von menschlichem Tun und Lassen eintreten, namentlich die Naturereignisse: Wenn z. B. eine Lawine über mein Grundstück die nachbarliche Liegenschaft erreicht.

Eine gewisse Zwischenstellung nehmen die Einwirkungen ein, die zwar durch keinerlei menschliches Verhalten veranlasst worden sind, deren Auswirkung resp. Eintreten aber vom Nachbarn durch ein Tun oder

²³⁾ Die Nachbarschaft im hier massgebenden Sinne ist also kein persönliches, sondern ein sachenrechtliches Verhältnis.

²⁴⁾ Diese Auffassung steht übrigens allein mit der Terminologie des Gesetzes in Uebereinstimmung.

Unterlassen hätte verhindert werden können oder ermöglicht worden ist.

Fallen alle diese Fälle unter den Begriff der Grundeigentumsüberschreitung? Und wenn diese Frage verneint wird: Wo ist die Grenze zu ziehen?

Da von einer Grundeigentumsüberschreitung nur gesprochen werden kann, wenn die Rechte des Nachbarn als Folge der Ausübung der tatsächlichen Herrschaft beeinträchtigt werden, stellen ausschliesslich durch Naturereignisse bedingte Einwirkungen von vornherein keine Grundeigentumsüberschreitung dar.

Andererseits ist nicht zweifelhaft, dass die direkten Folgen meiner Tätigkeit auf meinem Grundstück Grundeigentumsüberschreitungen darstellen können. Aber auch wenn ich auf meiner Liegenschaft eine Anlage erstelle, die zu übermässigen Einwirkungen auf die Nachbargrundstücke führt, liegt eine Grundeigentumsüberschreitung vor.

Die Voraussehbarkeit der rechtswidrigen Einwirkungen ist bei allen diesen Fällen irrelevant für die Beantwortung der Frage, ob eine Grundeigentumsüberschreitung vorliege.

Im Gegensatz zu diesen Fällen stossen wir auf Schwierigkeiten, wenn die Ursache der Einwirkung zwar von der Eigentumsausübung unabhängig, diese aber durch sie doch ermöglicht oder begünstigt worden ist. Dies ist z. B. der Fall, wenn die Erdbewegungen auf einem Grundstück zur Folge haben, dass bei ausserordentlichen Regenfällen grössere Erdmassen auf das Nachbargrundstück geschwemmt werden.

Die Besonderheit dieser Fälle besteht nicht im Zusammenwirken von Folgen der Eigentumsausübung und davon unabhängigen Bedingungen, z. B. Witterungseinflüssen. Ein solches Zusammenwirken findet auch in vielen anderen Fällen statt, so z. B., wenn der Wind den Rauch auf das Nachbargrundstück treibt. Die Unsicherheit der Beurteilung beruht hier vielmehr auf dem Umstand, dass in diesen Fällen den von der Ausübung des Eigentumsrechts unabhängigen Bedingungen sowohl infolge ihrer Seltenheit als auch infolge der Intensität ihrer Wirkung ein ausserordentlicher Charakter zukommt.

Wir stossen hier auf das Problem der Abgrenzung zwischen rechtlich relevanten und rechtlich irrelevanten Kausalzusammenhängen. Ist der Kausalzusammenhang zwischen den von mir auf meinem Grundstück ausgeführten Grabarbeiten und dem Einschwemmen von Erde auf das Grundstück des Nachbarn rechtlich relevant, wenn es durch ganz ausserordentliche Niederschläge veranlasst worden ist?

Die Beantwortung dieser Frage der rechtlichen Relevanz eines Kausalzusammenhanges erfolgt in unserer Rechtsordnung im allgemeinen

auf Grund der sog. Theorie des adaequaten Kausalzusammenhanges²⁵⁾, auf die wir hier nicht näher eintreten können. Sie stellt ab auf die generelle Eignung einer Bedingung zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, wobei sie diese generelle Eignung nach der allgemeinen Lebenserfahrung prüft. Nach dieser Theorie ist — um bei unserem Beispiel zu bleiben — das Einschwemmen von Erde auf das Grundstück des Nachbarn dann als Folge meiner Grabarbeiten im Rechtssinne anzusehen und liegt demnach dann eine Grundeigentumsüberschreitung vor, wenn diese Grabarbeiten nach der allgemeinen Lebenserfahrung generell geeignet waren, zu den erwähnten Einwirkungen auf das Grundstück des Nachbarn zu führen. Wenn dies nicht der Fall ist, erscheinen diese Einwirkungen nicht als Folgen (im Rechtssinne) meiner Ausübung des Eigentumsrechts, sondern der ausserordentlichen Regenfälle und es liegt daher keine Grundeigentumsüberschreitung vor²⁶⁾.

Auch die Frage, ob die Grundeigentumsüberschreitung ein aktives Tun voraussetze oder ob ein Unterlassen genüge²⁷⁾, ist auf Grund dieser Ueberlegungen zu beantworten unter Berücksichtigung der für die rechtliche Beurteilung der Unterlassung massgebenden Grundsätze²⁸⁾. Wo der Grundeigentümer dem Nachbarn gegenüber zum Handeln verpflichtet ist, stellt auch die Unterlassung eine Grundeigentumsüberschreitung dar, sofern die Verletzung des Eigentumsrechts oder des Besitzes des Nachbarn eine adaequate Folge davon ist. Eine solche Grundeigentumsüberschreitung durch Unterlassen kommt in Frage, wenn jemand sein Haus verlottern lässt und damit seine Nachbarn gefährdet²⁹⁾ oder einen an sich störenden Betrieb unterhält, ohne die möglichen und nötigen Schutzmassnahmen zugunsten der Nachbarn zu ergreifen.

Zusammenfassend kommen wir daher zum Schluss, dass eine Einwirkung nur dann eine Grundeigentumsüberschreitung darstellt, wenn sie als adaequate Folge einer Eigentumsausübung, dh. eines menschlichen Verhaltens erscheint, dass ihre Voraussehbarkeit aber irrelevant ist.

²⁵⁾ Vgl. Stark 1 ff. und die dort zitierte Literatur.

²⁶⁾ Diese Argumentation, die in erster Linie durch haftpflichtrechtliche Gedankengänge bestimmt ist, gilt auch für den Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch.

²⁷⁾ Vgl. vorn § 2 N 172.

²⁸⁾ Vgl. Stark 39 und die dort zitierte Literatur.

²⁹⁾ In diesem Fall kommt auch die Anwendung von OR 58 in Frage.

II. DIE ENTSPRECHENDE GESTALTUNG DER ANSPRÜCHE AUS ZGB 679

Wir wollen in diesem Abschnitt vorerst unabhängig von den negatorischen, possessorischen und deliktischen Ansprüchen versuchen, Inhalt und Voraussetzungen der Ansprüche aus ZGB 679 festzulegen und erst nachher die so gestalteten Klagen den generellen gegenüberstellen.

1. Der Inhalt der Klagen

Es fragt sich hier, ob die vom Gesetzgeber in ZGB 679 verwendete Terminologie derjenigen entspreche, die wir vorn in § 7 Abschn. II verwendet haben. Richten sich die Beseitigungs- und Unterlassungsklagen gemäss ZGB 679 auch gegen die Ursache und den Vorgang der Einwirkung und die Schadenersatzklage gegen ihren Erfolg?

Diese Frage ist zu bejahen. Der Unterlassungsanspruch kann sich ohnehin nur gegen den Vorgang der Einwirkung richten, sonst wäre er kein Unterlassungsanspruch mehr. Aber auch der Beseitigungsanspruch aus ZGB 679 ist auf Beseitigung eines Zustandes gerichtet, der immer wieder zu Einwirkungen führt resp. eine andauernde Einwirkung darstellt. Dies ergibt sich schon aus der Tatsache, dass ZGB 679 neben diesem Beseitigungsanspruch einen besonderen Schadenersatzanspruch ausdrücklich vorsieht. Der Beseitigungsanspruch kann also auch hier nicht als Anspruch auf Beseitigung des Erfolges gemeint sein ³⁰⁾.

Für die Richtigkeit dieser Interpretation spricht auch der Umstand, dass ZGB 679 entsprechend der zeitlichen Reihenfolge der Phasen der Einwirkung, gegen die sich die verschiedenen Klagen richten, zuerst die Beseitigungs-, dann die Unterlassungs- und zuletzt die Schadenersatzklage erwähnt ³¹⁾.

2. Die Gestaltung der Klagen

Voraussetzung aller Klagen aus ZGB 679 ist neben der Phase der Einwirkung, gegen die sie sich richten, nur die Grundeigentumsüberschreitung.

Aus unserem Begriff der Grundeigentumsüberschreitung ergibt sich dabei folgende Gestaltung der Klagen:

³⁰⁾ Vgl. vorn § 7 zu N 135.

³¹⁾ Aus dem Umstand, dass das Gesetz von «Beseitigung der Schädigung» spricht, darf nicht der gegenteilige Schluss gezogen werden. «Schädigung» ist nicht identisch mit «Schaden».

a) *Die Aktivlegitimation*: Da die Grundeigentumsüberschreitung in der Beeinträchtigung des Eigentumsrechts resp. des Besitzes des Nachbarn besteht, sind nur der Eigentümer³²⁾ und der Besitzer des Grundstückes, gegen das sich die Einwirkung richtet, zur Erhebung der Klagen aus ZGB 679 legitimiert. In diesem Punkt liegt die entscheidendste Abweichung der hier vertretenen Auffassung von der herrschenden Meinung³³⁾.

Ausgeschlossen von der Klageerhebung nach ZGB 679 sind damit vor allem diejenigen Personen, die durch die Benützung eines Grundstückes in ihren Interessen beeinträchtigt werden, ohne Nachbarn desselben zu sein; denn ihnen gegenüber steht dem Störer keine Einwirkungsbefugnis zu, die er überschreiten konnte. Dies wirkt sich namentlich beim Schadenersatzanspruch aus, weil hier durch die Klage des Eigentümers oder des Besitzers die Interessen desjenigen nicht gewahrt werden, der auf ihrem Grundstück infolge zufälliger Umstände durch die Einwirkung geschädigt wird. Der Schaden des Dritten betrifft nur ihn selbst und kann vom Eigentümer resp. Besitzer des Grundstückes nicht aus eigenem Recht geltend gemacht werden, während von den Klagen gegen die Ursache und den Vorgang der Einwirkung auch zufällig betroffene Dritte profitieren können. So steht dem Benützer einer Strasse kein Schadenersatzanspruch nach ZGB 679 gegen den Anlieger zu, der sein Grundeigentumsrecht überschreitet während sich die Beseitigungs- und Unterlassungsklagen des Strasseneigentümers — gewissermassen zufälligerweise — auch zu seinen Gunsten auswirken.

Es ist für die Bestimmung der Aktivlegitimation namentlich irrelevant, ob sich ein Kläger — abgesehen von der Beeinträchtigung seines Eigentumsrechts resp. seines Besitzes — auf eine besondere Rechtsgutsverletzung berufen kann oder ob er nur einen Vermögensschaden erlitten hat; denn die für die Anwendung von ZGB 679 massgebende Rechtswidrigkeit besteht ausschliesslich in der auch dem Nachbarn nicht gestatteten Beeinträchtigung des Grundeigentumsrechts resp. des Besitzes am Grundstück. Diese Beeinträchtigung stellt die massgebende Rechtsgutsverletzung dar, weshalb auf jede damit unmittelbar zusammenhängende Vermögenseinbusse — ob diese auf einer weiteren Rechtsgutsverletzung beruhe oder nicht — ZGB 679 anzuwenden ist; demgegenüber fallen alle durch das gleiche Verhalten des betreffenden Grund-

³²⁾ resp. der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts; vgl. vorn N 1.

³³⁾ In BJZR 27, 358 (= Weiss 4651) wird die Aktivlegitimation von Mieter und Pächter zur Praeventivklage verneint.

eigentümers verursachten Schäden von Personen ohne Rechtsbeziehung zu dem der Einwirkung unterworfenen Grundstück unter dem Gesichtspunkt von ZGB 679 ausser Betracht ³⁴⁾).

Wenn der Mietwert eines Hauses durch dem Nachbarrecht widersprechende Lärm-Immissionen herabgesetzt wird, kann nach ZGB 679 Schadenersatz verlangt werden. Wenn der gleiche Erfolg aber dadurch erreicht wird, dass in andern Häusern entsprechende Wohnungen billiger gemietet werden können, ist dies weder nach ZGB 679 noch nach einer andern ausserkontraktlichen Bestimmung möglich, weil keine Verletzung des Eigentumsrechts — oder eines andern Rechtsgutes — vorliegt. Umgekehrt kann der Gast eines Grundeigentümers, der durch eine Sprengung auf dessen Nachbargrundstück verletzt wird, sich nicht auf ZGB 679 berufen.

Im weiteren kann ZGB 679 nicht angerufen werden von Personen, die auf dem gleichen Grundstück geschädigt werden, auf dessen Benutzung die Schädigung zurückzuführen ist. Die Einwirkung muss also eine Grundstücksgrenze «überschritten» haben ³⁵⁾).

Eine gewisse Modifikation dieses Grundsatzes besteht insofern, als der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechtes sich nicht nur gegenüber dem Eigentümer resp. Besitzer des Nachbargrundstückes auf ZGB 679 berufen kann. Die Bestimmung findet vielmehr auch auf sein Verhältnis zum Eigentümer, zum Besitzer und zu den andern Inhabern beschränkter dinglicher Rechte an demjenigen Grundstück Anwendung, an dem sein eigenes Recht besteht.

b) *Die Passivlegitimation:* Nach dem Wortlaut und nach dem Marginale von ZGB 679 wie auch nach unserem Begriff der Grundeigentumsüberschreitung steht ausser Zweifel, dass der Eigentümer des benachbarten Grundstückes ins Recht gefasst werden kann, wenn er selbst eine Einwirkung herbeiführt resp. herbeigeführt hat.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob auch Nicht-Eigentümer aus ZGB 679 passiv legitimiert sind, wenn die Einwirkung auf ihr selbständiges Verhalten zurückzuführen ist. Aus dem Wortlaut von ZGB 679 kann dies nicht geschlossen werden. Wir müssen daher prüfen, ob sich auf Grund unseres Begriffes der Grundeigentumsüberschreitung

³⁴⁾ Es fehlt hier — gemäss der herrschenden Terminologie — der adaequate Kausalzusammenhang zwischen der Grundeigentumsüberschreitung und der Verletzung des betreffenden allgemeinen Rechtsgutes; der Schaden ist durch die Verletzung eines andern Rechtsgutes als des durch die hier in Frage stehende Norm geschützten entstanden (vgl. vorn § 7 zu N 33/35).

³⁵⁾ Vgl. vorn § 2 zu N 50.

eine analoge ³⁶⁾ Anwendung von ZGB 679 auf andere Personengruppen aufdrängt.

Es liegt nahe, auch hier den Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechtes dem Eigentümer gleichzustellen, wenn er die Einwirkung bei der Ausübung dieses Rechtes verursacht hat; denn das beschränkte dingliche Recht stellt nur eine «Abzweigung» vom Eigentumsrecht dar ³⁷⁾.

Soll aber auch der blosser Besitzer dem Eigentümer in dieser Frage gleichgestellt werden?

Wir haben den Begriff der Grundeigentumsüberschreitung nicht aus einem Wesenszug des Eigentumsrechts abgeleitet, durch den dieses sich vom Besitz unterscheidet. Auch dem Besitzer eines Grundstückes steht vielmehr ein beschränkter Duldungsanspruch gegenüber seinen Nachbarn zu ³⁸⁾. Auch den vom Besitzer veranlassten Einwirkungen ist der Nachbar zwangsläufig und regelmässig ausgesetzt. Das sachenrechtliche Verhältnis der Nachbarschaft besteht auch unter Besitzern.

Die Verhältnisse, aus denen wir den Begriff der Grundeigentumsüberschreitung abgeleitet haben, gelten also auch für den Besitzer, weshalb die Beschränkung der Passivlegitimation auf den Eigentümer nicht als gerechtfertigt erscheint. Nachdem der Besitzer in bezug auf die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über die Sache im Verhältnis zu allen Nicht-Berechtigten dem Eigentümer gleich gestellt ist, würde es gegen die formale Gerechtigkeit verstossen, ihn im Verhältnis zum Nachbarn in bezug auf die Haftpflicht anders zu behandeln.

Umgekehrt verhält es sich mit denjenigen Personen, die zum Grundstück, von dem die Einwirkungen ausgehen, in keinem rechtlich anerkannten Herrschaftsverhältnis stehen, die sich nur gelegentlich dort aufhalten ³⁹⁾.

Da diese Personen keine tatsächliche Herrschaft selbständig ausüben, ist es ihnen nicht möglich, dabei Einwirkungen auf Nachbargrundstücke zu veranlassen. Sie werden durch die Ausschliessungsrechte der Nachbarn in ihren Rechten nicht beeinträchtigt und es steht ihnen auch kein

³⁶⁾ Vgl. vorn § 1 N 134.

³⁷⁾ Die Ueberschreitung des beschränkten dinglichen Rechts zieht die Anwendbarkeit von ZGB 679 auch gegenüber dem Eigentümer resp. Besitzer des gleichen Grundstückes nach sich, wenn deren betreffende Rechte beeinträchtigt werden: vgl. vorn vor N 11 und N 35.

³⁸⁾ Vgl. vorn § 7 zu N 184.

³⁹⁾ Wenn sich diese Personen dauernd auf dem Grundstück aufhalten und damit die tatsächliche Herrschaft darüber selbständig — dh. nicht als Besitzdiener — mehr oder weniger ausschliesslich ausüben, sind sie eben Besitzer.

Duldungsanspruch gegenüber den Nachbarn zu. Damit entfällt von vornherein die übrigens schon sprachlich ausgeschlossene Möglichkeit, ihnen eine Grundeigentumsüberschreitung vorzuwerfen.

Den von solchen Dritten veranlassten Einwirkungen und den mit ihrer Tätigkeit eventuell verbundenen Gefährdungen sind die Nachbarn auch nicht regelmässig und zwangsläufig ausgesetzt. Es besteht daher kein Grund, diese Dritten der strengen Haftpflicht des Grundeigentümers zu unterstellen.

Bei Wechsel des Eigentumsrechts am störenden Grundstück in einem Zeitraum, in dem immer wieder Störungen vorkommen, übernimmt der neue Eigentümer mit seinem Recht die Pflicht auf Beseitigung der störenden Anlage resp. Anbringung von Schutzvorrichtungen, auch wenn die Anlage von seinem Vorgänger errichtet worden ist. Die Ersatzpflicht für den schon vor dem Eigentumsübergang verursachten Schaden geht dagegen nicht auf den Erwerber über ^{39a)}.

Zusammenfassend kommen wir zum Schluss, dass nur die Eigentümer resp. die Inhaber beschränkter dinglicher Rechte, sowie die Besitzer von benachbarten Grundstücken den Klagen gemäss ZGB 679 unterliegen, nicht aber Drittpersonen, die sich auf einem Nachbargrundstück ohne nähere Bindung dazu aufhalten.

c) *Die Verantwortung für Dritte:* Können die nach ZGB 679 passiv legitimierten Personen für alle Störungen ihrer Nachbarn durch beliebige Dritte von ihrem Grundstück aus gestützt auf diesen Artikel zur Verantwortung gezogen werden?

Für Personen, die die Einwirkung in Erfüllung eines Arbeitsvertrages oder eines ähnlichen Verhältnisses ⁴⁰⁾ mit dem Eigentümer oder Besitzer des Grundstückes verursachen, ist diese Frage zu bejahen. Die die Verantwortung nach ZGB 679 begründenden Umstände sind nicht davon abhängig, ob der Eigentümer resp. Besitzer seine Herrschaft über seine Liegenschaft direkt oder durch die Vermittlung von Hilfspersonen ausübt. Nachdem im übrigen für die Begründung dieser Haftpflicht der adaequate Kausalzusammenhang genügt, kann auch hier weder ein Ver-

^{39a)} Vgl. BS 1941—42, 65.

⁴⁰⁾ Im Haftpflichtrecht kommt der Art des Arbeitsvertrages wesentliche Bedeutung zu: Bei einem Dienstvertrag liegen die Verhältnisse anders als bei einem Auftrag oder bei einem Werkvertrag. Hier kommt es demgegenüber nicht darauf an, inwieweit ich für den Arbeitnehmer resp. Beauftragten die Verantwortung im einzelnen übernommen habe und inwieweit er selbst verantwortlich ist. Massgebend ist allein, ob er für mich die mir zustehende tatsächliche Herrschaft ausübt.

schulden der Hilfspersonen vorausgesetzt noch ein Exzeptionsbeweis gewährt werden: denn die Verantwortung ergibt sich hier nicht aus einem Verschulden oder einer mangelnden Sorgfalt bei Auswahl, Instruktion und Ueberwachung von Hilfspersonen, sondern aus der Ueberschreitung der der Ausübung der tatsächlichen Herrschaft gesetzten Grenzen.

Wie aber, wenn die Hilfsperson die rechtswidrige Einwirkung nicht in Erfüllung des Arbeitsvertrages, sondern nur bei dieser Gelegenheit verursacht? Wenn z. B. ein mit der Umgestaltung meines Gartens beauftragter Gärtner — stehe er nun mit mir in einem Auftrags-, Werkvertrags- oder Dienstvertragsverhältnis oder sei sein Arbeitgeber mein Beauftragter — für das Verbrennen von Abfällen trotz starken Föhns ein riesiges Feuer entfacht, sodass die Scheune des Nachbarn in Brand gerät ⁴¹⁾?

Auch in diesem Fall übt die Hilfsperson meine tatsächliche Herrschaft über das Grundstück aus. Die Kontrolle darüber, ob sie diese Herrschaft entsprechend meinem Willen ausübt oder nicht, ist meine Sache, nicht die Sache des Nachbarn. Vom Standpunkt des Nachbarn aus liegt einfach eine Beeinträchtigung seines Eigentumsrechts durch die Ausübung meiner Herrschaft vor. Aus diesem Grunde trage ich gegenüber dem Nachbarn die rechtliche Verantwortung für diese Eigentumsüberschreitung ^{41a)}.

Im weiteren ist zu prüfen, ob der Eigentümer auch für Ueberschreitungen seines Eigentumsrechts durch Personen, die aus eigenem, wenn auch abgeleitetem Recht die tatsächliche Gewalt ausüben, einzustehen habe. Kann der Grundeigentümer nach ZGB 679 eingeklagt werden, wenn der unselbständige Besitzer durch die Ausübung der tatsächlichen Gewalt die Nachbarn stört?

Auch in diesem Fall ist darauf abzustellen, wessen tatsächliche Herrschaft zur Einwirkung auf das Nachbargrundstück geführt hat. Wenn der Eigentümer eine Anlage, z. B. einen Schweinestall, baut und verpachtet, deren normaler Betrieb rechtswidrige Einwirkungen auf ein Nachbargrundstück hervorruft, ist er allein belangbar. Wenn demgegenüber die Einwirkung nur auf die besondere Art der Benützung der Lie-

⁴¹⁾ Ausser Betracht fällt auch hier ein schädigendes Verhalten, das keine Ausübung der tatsächlichen Herrschaft darstellt, z. B. die Tötung des Pferdes des Nachbarn durch einen einzelnen Schuss von meiner Wiese aus. Die Veranstaltung einer Schiessübung wäre demgegenüber als Ausübung des Eigentumsrechts zu betrachten.

^{41a)} Ueber die Regressfrage vgl. hinten N 82.

genschaft durch den unselbständigen Besitzer zurückzuführen ist, besteht keine Verantwortung des Eigentümers 41b); für die Folgen dieser Ausübung der Herrschaft steht auch nur dem unselbständigen Besitzer selbst, nicht aber dem Eigentümer ein Duldungsanspruch gegenüber den Nachbarn zu. Ein solcher Fall liegt vor bei der Vermietung eines Hauses mitsamt der in den nahen Fluss führenden Kanalisationsanlage an einen Privaten, der dann von sich aus in der Waschküche ein Laboratorium einrichtet und giftige Abwasser durch die Kanalisation in den Fluss leitet 42).

Zusammenfassend ist festzustellen, dass aus ZGB 679 auch dann diejenige Person passiv legitimiert ist, deren tatsächliche und vom Recht anerkannte Herrschaft zur rechtswidrigen Einwirkung geführt hat, wenn sie diese Herrschaft nicht selbst, sondern durch Hilfspersonen im weitesten Sinn des Wortes ausgeübt hat.

Für den blossen Besitzer muss der Eigentümer eintreten, wenn die Verursachung der Einwirkung durch den Besitzer oder dessen Hilfspersonen auf die vom Eigentümer bestimmte Art der Ausübung der tatsächlichen Herrschaft zurückzuführen ist.

d) *Die Entlastungsgründe*: Da die Verantwortung des Grundeigentümers nach ZGB 679 einen adaequaten Kausalzusammenhang zwischen der Ausübung seines Eigentumsrechts und der Einwirkung auf die Nachbarliegenschaft voraussetzt, besteht in bezug auf die Entlastungsgründe kein Unterschied gegenüber dem Haftpflichtrecht: Sobald eine eigentliche oder eine uneigentliche 43) Unterbrechung des Kausalzusammenhanges vorliegt, entfällt die Belangbarkeit des Nachbarn. Dementsprechend gilt ein weniger intensives Selbstverschulden auch als Reduktionsgrund wie im Haftpflichtrecht.

e) *Die Beweislastverteilung*: Es liegt nahe, dem Kläger die Beweislast für die übermässige Einwirkung und für die Verursachung dieser Störung durch den Beklagten aufzuerlegen. Dagegen kann man sich

41b) Ueber die entsprechende Abgrenzung zwischen Beseitigungs- und Unterlassungsklage vgl. BIZR 49 Nr. 166.

42) Anders liegen die Verhältnisse bei der Schädigung durch eine Kanalisationsanlage, an die eine Mehrzahl von Personen angeschlossen ist; hier haben nicht die einzelnen Anschliesser, sondern der Eigentümer Besitz an der Anlage, weshalb er für die Schädigungen durch seine Anschliesser haftet. Vgl. BGE 76 II 132/33, wo allerdings weitergehend die Haftung des Eigentümers für das rechtswidrige Verhalten des Besitzers bejaht wird; vgl. vorn § 2 N 132. In BIZR 30, 302 (=Weiss 4654) wird die Haftpflicht des Grundeigentümers für den Inhaber eines Baurechts verneint.

43) Vgl. Stark 91 ff.

fragen, ob der Kläger auch zu beweisen habe, dass der Beklagte Eigentümer oder Besitzer des Nachbargrundstückes sei. Da der Beklagte selbst den Beweis in bezug auf diese Frage leichter leisten kann und da die Beweislastverteilung die Durchsetzung des materiellen Rechts nicht erschweren soll, ist es richtiger, diese Qualität des Nachbarn vorauszusetzen und dem Beklagten dafür die Einrede der mangelnden Passivlegitimation zu gestatten.

Die Frage, ob das die Einwirkung verursachende Verhalten als Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über das Grundstück zu betrachten sei, ist Rechts- und nicht Tatfrage und fällt daher für die Beweislastverteilung ausser Betracht.

B. Passt diese Interpretation in das System unseres Rechts und führt sie zu einem materiell richtigen Resultat?

III. DAS VERHÄLTNISS DER UNTERLASSUNGS- UND BESEITIGUNGSANSPRÜCHE GEMÄSS ZGB 679 ZU DEN NEGATORISCHEN UND POSSESSORISCHEN ANSPRÜCHEN

Es erhebt sich hier die Frage, welcher Umstand die Statuierung besonderer Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche in ZGB 679 rechtfertigen konnte, nachdem sich diese Ansprüche gegen die gleichen Phasen der Einwirkung richten wie die negatorischen und possessorischen Klagen ⁴⁴⁾).

1. Die rechtswidrigen Einwirkungen

Wir haben bereits festgestellt, dass ZGB 679 kein vorher nicht geschütztes Gut zum Rechtsgut gestempelt hat. Eigentum und Besitz an Grundstücken, deren Verletzung durch einen Nachbarn eine Grundeigentumsüberschreitung darstellt, wären auch ohne ZGB 679 durch die überlieferten negatorischen und possessorischen Klagen geschützt, wie dies in den Rechtsordnungen der umliegenden Staaten der Fall ist. Dieser Schutz geht notwendigerweise auch unter Nachbarn gleich weit wie nach ZGB 679: Eine bestimmte Einwirkung ist je nach ihrer Intensität rechtswidrig oder nicht; sie kann nicht im Sinne von ZGB 641 und 928 unerlaubt, im Sinne von ZGB 679 aber rechtmässig sein oder umgekehrt ⁴⁵⁾. Dementsprechend wird in BGE 73 II 157 ⁴⁶⁾ festgehalten, dass

⁴⁴⁾ Vgl. vorn Abschn. II Ziff. 1 dieses Paragraphen.

⁴⁵⁾ Vgl. vorn § 7 N 184.

ein beklagter Grundeigentümer, dem keine Grundeigentumsüberschreitung im Sinne von ZGB 679 vorgeworfen werden kann, auch nicht der negatorischen Klage unterliegt⁴⁷⁾). Diese Feststellung gilt auch umgekehrt und für die possessorischen Klagen: Wo mangels Rechtswidrigkeit keine negatorische resp. possessorische Klage möglich ist, entfallen auch die Ansprüche aus ZGB 679.

2. Die Aktiv- und die Passivlegitimation

Der eindeutigste Unterschied zwischen ZGB 641 und 928 einerseits und ZGB 679 andererseits besteht darin, dass sie — wenigstens primär — von verschiedenen Seiten an das gleiche Problem herangehen⁴⁸⁾: Bei der negatorischen resp. possessorischen Klage bildet das Eigentumsrecht resp. der Besitz des Gestörten den Ausgangspunkt, bei den Klagen aus ZGB 679 das Eigentumsrecht des Störers.

Durch den Ausgangspunkt wird die Lösung der Legitimationsfrage bestimmt: Bei den negatorischen und possessorischen Klagen ist die Aktivlegitimation auf den Eigentümer resp. Besitzer beschränkt, während jeder beliebige Störer als passiv legitimiert erscheint — was dem Eigentumsrecht als Ausschlussrecht entspricht. Für die Klagen aus ZGB 679 gilt nach unserer Auffassung die gleiche Beschränkung nicht nur für die Aktivlegitimation, sondern auch für die Passivlegitimation. Nach der herrschenden Meinung ist demgegenüber jedermann aus ZGB 679 aktiv legitimiert, während die Passivlegitimation — wie nach unserer Auffassung — nur Eigentümern und Besitzern von Grundstücken zukommt⁴⁹⁾.

⁴⁶⁾ Vgl. auch BGE 40 II 29; BIZR 30, 129; Semjud. 36, 421; ausserdem Bauhofer 124/25; Bachmann 152/53; Haab N 39 zu ZGB 641 und N 1 zu ZGB 684; Schlegel 32/33.

⁴⁷⁾ Das Bundesgericht äussert sich nur zu dieser Frage der Rechtsgutsverletzung, nicht aber über das gegenseitige Verhältnis der beiden Klagearten im allgemeinen.

⁴⁸⁾ Vgl. Blumer 185; Haab N 13 ff. zu ZGB 679; Bachmann 148; vgl. auch die Unterschiede zwischen der deutschen Jurisprudenz, die vom Recht des Gestörten ausgeht, und der französischen Literatur, die sich vorwiegend mit der Einschränkung der Rechte des Eigentümers befasst (vgl. vorn § 4 vor N 20).

⁴⁹⁾ Entsprechend ist auch die Beweislastverteilung geregelt: Bei der negatorischen Klage muss der Kläger sein Eigentumsrecht, die bereits erfolgte und noch drohende Störung und den Kausalzusammenhang beweisen, während der Beklagte die Einrede erheben kann, dass sein Verhalten rechtmässig sei (vgl. Roemer 8; Haab N 42 zu ZGB 641; Leemann N 42 zu ZGB 641). Die analoge Regelung gilt naturgemäss für die Besitzesschutzklagen.

Ueber die gemäss unserer Umschreibung der Grundeigentumsüberschreitung zu

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Anwendungsbereich der Klagen aus ZGB 679 enger ist als derjenige der Klagen aus ZGB 641 II und 928 und dass er nach unserer Auffassung auch nirgends über den Anwendungsbereich dieser anderen Klagen hinausgeht⁵⁰⁾.

3. Die Praeventivklage

Nuef⁵¹⁾ sieht eine Besonderheit der Unterlassungsklage aus ZGB 679 in der Möglichkeit, sie auch dann zu erheben, wenn noch gar keine Einwirkung stattgefunden hat, dh. wenn die erste Einwirkung erst droht.

Wir haben bereits darauf hingewiesen⁵²⁾, dass die Praeventivklage von der Praxis über den Wortlaut von ZGB 928 hinaus auch im Rahmen der Besitzesschutzklagen gewährt wird.

Es würde zu weit führen, hier zu prüfen, ob auch der Anwendungsbereich von ZGB 641 II in diesem Sinne auszudehnen sei. Wenn diese Frage zu verneinen wäre, läge hier ein gewisser Unterschied zwischen der negatorischen Unterlassungsklage und derjenigen gemäss ZGB 679 vor, ein Unterschied aber, dem nur eine untergeordnete Bedeutung zukäme. Wer diesen Unterschied bejaht, kann ihn als Ausfluss der Nachbarschaft leicht begründen.

4. Zusammenfassung und Vergleich mit der herrschenden Auffassung

Wir kommen zum Schluss, dass die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche gemäss ZGB 679 dem Eigentümer und dem Besitzer keinen — oder höchstens einen unbedeutenden — Schutz verleihen, der ihnen von der Rechtsordnung nicht schon auf Grund anderer Bestimmungen gewährt wird⁵³⁾. Die Erwähnung dieser Ansprüche in ZGB 679 kann daher als überflüssig bezeichnet werden.

treffende Lösung vgl. vorn Abschn. II Ziff. 2 e.

Bei der traditionellen Auffassung der Klage aus ZGB 679 hat der Kläger darzutun, dass der Beklagte sein Recht überschritten hat oder zu überschreiten im Begriffe steht, und dass infolgedessen für ihn ein Nachteil entstanden ist oder droht (vgl. Leemann N 31/32 zu ZGB 679 und N 39 zu ZGB 684; Haab N 14 zu ZGB 679).

⁵⁰⁾ Graphisch können wir uns diese Anwendungsbereiche als Kreise vorstellen, wobei derjenige von ZGB 679 innerhalb desjenigen der negatorischen resp. possessorischen Klagen liegt und ihn nirgends überschneidet.

⁵¹⁾ 78/79 und 103; vgl. auch Rothenhäusler 97.

⁵²⁾ Vgl. vorn § 7 N 180; vgl. auch N 138 (von § 7).

⁵³⁾ Man könnte allerdings versucht sein, einen Unterschied darin zu sehen, dass der Wortlaut von ZGB 679 auch für die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche eine «Schädigung» oder «Bedrohung mit Schaden» voraussetzt, während weder ZGB

Diese Feststellung könnte als Argument gegen unsere Umschreibung der Grundeigentumsüberschreitung herangezogen werden.

Dem ist aber entgegenzuhalten, dass das ZGB keineswegs einer so starren Systematik huldigt, dass darin keine «unnötigen» Normen enthalten wären. Auch nach der herrschenden Auffassung stellen im übrigen die Beseitigungs- und Unterlassungsklagen gemäss ZGB 679 nur dann eine Erweiterung des Rechtsschutzes dar, wenn die Rechtsordnung diese Klagen zum Schutz des in concreto verletzten Gutes im allgemeinen nicht gewährt.

Dies ist namentlich bei der Verletzung von Gütern der Fall, die von der Rechtsordnung nicht geschützt werden, die keine Rechtsgüter sind. Im Vordergrund steht hier das Vermögen an sich. Nehmen wir als Beispiel einen Geschäftsmann, der mit Lautsprechern von seiner Liegenschaft aus Propaganda macht. Dabei stört er nicht nur die Nachbarn übermässig, sondern er schädigt auch einen Konkurrenten in einem andern Stadtteil durch Entzug der Kundschaft. Soll nun diesem Konkurrenten ein Unterlassungsanspruch zustehen, nur weil unser Geschäftsmann bei seiner Propaganda sein Eigentumsrecht «überschritten» hat?

Die fragliche Ausdehnung des Rechtsschutzes ist auch nicht gerechtfertigt bei der Verletzung von Gütern, die zwar Rechtsgüter darstellen, bei deren Verletzung aber, sofern sie nicht von einem Grundeigentümer ausgeht, nur die Schadenersatzklage, nicht die Beseitigungs- oder die Unterlassungsklage möglich ist; denn diese Klagen sind nur dort aus-

641 II noch ZGB 928 den Begriff des Schadens erwähnen. Ist darunter ein Schaden im Sinne eines Erfolges (vgl. vorn § 7 zu N 132) zu verstehen?

In der Literatur wird der Schaden verschiedentlich als Voraussetzung der Ansprüche aus ZGB 679 erwähnt (vgl. Haab N 7 zu ZGB 679; Roemer 20; Bachmann 138, 144; vgl. aber auch S. 99, wo dieser Autor auf die Gesetzesberatung zum jetzigen Art. 684 I ZGB hinweist, bei der der Ausdruck «schädliche Einwirkungen» durch «übermässige Einwirkungen» ersetzt wurde. Er schliesst daraus, dass das Verbotsrecht von ZGB 684 nicht nur oder doch nicht vorwiegend vom Moment der Schädlichkeit einer Immission abhängt. Vgl. auch BGE 56 II 361, wo nicht nur eine manifeste Krankheit, sondern auch eine bloss Beeinträchtigung des Wohlbefindens als «Schaden» betrachtet wird.)

Bei der Beurteilung dieser Frage ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber den Anspruch auf «Beseitigung der Schädigung» vom Schadenersatzanspruch unterscheidet. Wenn unter Schädigung aber ein Schaden im juristisch technischen Sinn zu verstehen wäre, könnte die Beseitigung der Schädigung nur durch die Leistung von Schadenersatz (Geld- oder Naturalersatz) erfolgen. Die Unterscheidung der beiden Ansprüche durch den Gesetzgeber wäre also sinnlos.

Der Ausdruck «Schaden» im Wortlaut von ZGB 679 ist daher als Nachteil oder Beeinträchtigung zu interpretieren.

geschlossen, wo ihnen keine praktische Bedeutung zukommt⁵⁴⁾. Wo die Rechtsordnung sie nicht ausdrücklich vorsieht und sie praktisch möglich sind, werden sie von der Praxis zugestanden⁵⁵⁾.

Aber auch wenn diese Feststellung nicht richtig wäre, wäre nicht einzusehen, weshalb das Vorliegen einer abstrakten Grundeigentumsüberschreitung die Zulassung von Beseitigungs- und Unterlassungsklagen begründen könnte in Fällen, wo die Rechtsordnung diese Klagen sonst nicht zugesteht.

Die Tatsache, dass der Erwähnung der Beseitigungs- und Unterlassungsklagen in ZGB 679 nach unserer Auffassung keine Bedeutung zukommt, spricht also nicht für die herrschende Meinung und gegen unsere Umschreibung der Grundeigentumsüberschreitung.

IV. DAS VERHÄLTNISS DES SCHADENERSATZANSPRUCHES GEMÄSS ZGB 679 ZU DEN DELIKTISCHEN ANSPRÜCHEN

1. Das Verhältnis zu den deliktischen Ansprüchen im allgemeinen

Wir haben bereits in § 7 Abschn. I die hier zu beantwortende Frage gestellt: Ist die Grundeigentümerhaftung nach ZGB 679 an eine besondere Voraussetzung geknüpft, die den Verzicht auf das Verschulden oder einen andern Haftungsgrund zu rechtfertigen vermag?

Die besondere Voraussetzung besteht hier in der Grundeigentumsüberschreitung. Unsere Frage ist also so zu formulieren: Rechtfertigt es sich, bei einer Schädigung durch eine Grundeigentumsüberschreitung auf die Voraussetzung des Verschuldens zu verzichten? Bei welcher Interpretation der Grundeigentumsüberschreitung enthält sie einen Haftungsgrund wie das Verschulden und die Gefährdung? Namentlich: Bietet die herrschende Interpretation dieses Begriffes oder die hier vertretene Auffassung die bessere Rechtfertigung?

Wir haben bei der Ableitung des Begriffes der Grundeigentumsüberschreitung aus der rechtlichen Natur des Eigentumsrechts in Verbindung mit dem sachenrechtlichen Verhältnis der Nachbarschaft⁵⁶⁾ bereits festgestellt, dass durch die Einführung dieses Begriffes keine Tatbestände

⁵⁴⁾ Vgl. v. Tuhr III 470.

⁵⁵⁾ Vgl. Naef 93; Schmidt 71 ff. Die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche können bei verschiedenen Rechtsgütern praktisch keine Rolle spielen, weil das öffentliche Recht den gleichen Zweck mit schärferen Mitteln erreicht, ohne dass eine Zivilklage angestrengt werden muss.

⁵⁶⁾ Abschn. I Ziff. 1 dieses Paragraphen.

als rechtswidrig qualifiziert wurden, die es vorher nicht waren ⁵⁷⁾. Praktische Bedeutung kommt dem Begriff der Grundeigentumsüberschreitung daher hier zu, wo er den Verzicht auf das Verschulden rechtfertigen soll.

Kann er das? Und namentlich: Welchen Inhalt müssen wir ihm geben, damit er das kann?

Die Beantwortung dieser Frage kann nicht durch logische Ableitungen gewonnen werden; es handelt sich vielmehr um die Fällung eines Werturteils ⁵⁸⁾.

a) *Der Vergleich mit andern Rechtsordnungen*: Als Argument gegen die Bejahung unserer generellen Frage könnte die Tatsache angeführt werden, dass in der römischen, sowie in der deutschen, oesterreichischen und französischen Rechtsordnung keine dem Art. 679 ZGB entsprechende Norm anzutreffen ist. In diesen Rechtsgebieten sei also dieses Werturteil im Sinne der Ablehnung der Grundeigentumsüberschreitung als Haftungsgrund gefällt worden.

Diese Argumentation spricht von vornherein nicht für die herrschende Meinung im Gegensatz zu unserem Begriff der Grundeigentumsüberschreitung; denn die fraglichen Rechtsordnungen enthalten auch keine Normen, die der üblichen Interpretation von ZGB 679 entsprechen.

Auch in bezug auf die innere Rechtfertigung des Verzichtes auf das Verschulden ist der erwähnte Hinweis auf die in Frage stehenden Rechtsordnungen viel zu summarisch. Im einzelnen ist hier im Gegenteil folgendes festzuhalten:

Sehr instruktiv ist die vom Praetor — der dabei offenbar dem wichtigsten Wegweiser juristischer Werturteile, dem Rechtsgefühl, folgte — im römischen Recht eingeführte *cautio damni infecti* ⁵⁹⁾, durch die Schadenersatz ohne Verschulden verlangt werden konnte. Aus der Voraussetzung einer vorhergehenden Stipulation ergibt sich sehr deutlich, dass diese Institution gegen Einwirkungen zur Anwendung gelangte, denen man nicht ausweichen konnte, dh. denen man zwangsläufig und regelmässig ausgesetzt war.

⁵⁷⁾ Vorn nach N 18.

⁵⁸⁾ Vgl. vorn § 7 Abschn. I Ziff. 3. Damit wird auch die Frage der materialen Gerechtigkeit geprüft. Im Sinne der formalen Gerechtigkeit und der rechtssystematischen Auslegung ist aber darauf zu achten, dass dieses Werturteil mit der übrigen Rechtsordnung in Einklang steht. Ausgeschlossen ist damit z. B. die Berufung auf das Prinzip der generellen Verursachungshaftung.

⁵⁹⁾ Vgl. vorn § 3 Abschn. III Ziff. 1, namentlich vorn N 86, 92 und zu N 95.

Man könnte versucht sein, aus der *cautio damni infecti* eine Haftpflicht für rechtmässiges — dh. durch das Eigentumsrecht gerechtfertigtes — Verhalten abzuleiten, weil sie natürlich überflüssig war, wenn die konkrete Beeinträchtigung mit der *actio negatoria* bekämpft werden konnte, soweit sie nicht bereits Schaden angerichtet hatte; denn es war sogar nach der Leistung der Stipulation dem freien Belieben des Kaventen anheim gestellt, ob er zur Vermeidung einer Schädigung des Nachbarn tätig werden resp. das beanstandete Tun einstellen wollte.

Diese Argumentation übersieht, dass das Verlangen der Stipulation noch keine rechtswidrige Einwirkung, sondern nur die mehr oder weniger grosse Möglichkeit einer solchen voraussetzte. Das Schadenersatzversprechen wurde aber nicht für den Fall jeder noch so minimalen Beeinträchtigung, sondern für rechtswidrige Schädigungen geleistet⁶⁰⁾. Obschon also der Rechtsgrund der Schadenersatzleistung auf Grund der *cautio damni infecti* nicht direkt in der rechtswidrigen Einwirkung zu sehen war, sondern in der Stipulation — es handelte sich daher um eine *obligatio ex contractu* — war die rechtswidrige Einwirkung doch eine Voraussetzung der Zahlung, weil sie zur Bedingung der vertraglichen Leistungspflicht gemacht worden war.

Wenn diese vom Praetor geschaffene Lösung auch nicht in allen Auswirkungen mit den Konsequenzen unserer Interpretation von ZGB 679 übereinstimmt, so kommt sie ihr doch ziemlich nahe, auf alle Fälle viel näher als der herrschenden Auslegung von ZGB 679 mit ihrer generellen Aktivlegitimation.

Das deutsche und das österreichische Recht kennen, wie wir gesehen haben, keine ZGB 679 entsprechende Norm. Daher stehen Rechtsprechung und Literatur in diesen Ländern — wie in der Schweiz vor der Einführung des ZGB⁶¹⁾ — auf dem Standpunkt, dass bei Grundeigentumsüberschreitungen die allgemeine deliktische Schadenersatzpflicht, dh. die Verschuldenshaftung zur Anwendung gelange⁶²⁾. Speziell erwähnt sei hier immerhin der Versuch einzelner Autoren, durch die Annahme einer restitutorischen Funktion der negatorischen Klage wenigstens die Verpflichtung zur Leistung von Naturalersatz von der Voraussetzung des Verschuldens zu befreien, eine Konstruktion, die

⁶⁰⁾ Vgl. vorn § 3 zu N 90.

⁶¹⁾ Vgl. vorn § 2 Abschn. I.

⁶²⁾ Vgl. vorn § 4 zu N 38. Dernburg (vorn § 4 zu N 43) will im allgemeinen aus der Rechtsverletzung direkt auf das Verschulden schliessen. Vgl. auch die in Abs. 2 von N 38 zitierten österreichischen Autoren.

sich allerdings nicht durchgesetzt hat⁶³⁾). Die Tatsache dieses Versuches zeigt aber doch ein Bedürfnis in dieser Richtung, wobei diese Konstruktion allerdings nicht nur auf nachbarliche Verhältnisse Anwendung finden könnte: Die Legitimationsfrage wäre gleich zu lösen wie bei der negatorischen und possessorischen Klage.

Auf alle Fälle ist festzuhalten, dass in Deutschland und Oesterreich sowohl die herrschende Meinung als auch die Anhänger dieser Konstruktion nicht von einer allgemeinen Aktivlegitimation ausgehen. Basis aller Ansprüche ist auch hier — wie nach unserer Interpretation der Grundeigentumsüberschreitung und im Gegensatz zur herrschenden Meinung über ZGB 679 — das verletzte Eigentumsrecht resp. der verletzte Besitz des G e s c h ä d i g t e n . Soweit die Lösung des vorliegenden Problems in diesen beiden Rechtsordnungen überhaupt zum Vergleich herangezogen werden kann, spricht sie also viel mehr zugunsten unserer Auffassung als zugunsten der herrschenden Meinung. In bezug auf die Passivlegitimation steht unsere Interpretation der herrschenden Meinung über ZGB 679 näher als die in Deutschland und Oesterreich geltende Regelung.

Neben der negatorischen und der deliktischen Klage kennen das deutsche und das oesterreichische Recht die Institution des expropriationsähnlichen Schadloshaltungsanspruches⁶⁴⁾. Obschon es sich hier auch um einen Anspruch auf Leistung aus dem Vermögen des Beklagten handelt, und obschon dieser Anspruch kein Verschulden voraussetzt, kann daraus kein Werturteil abgeleitet werden, das für die materiale Richtigkeit der Grundeigentümerhaftung nach ZGB 679 sprechen würde, weil der Schadloshaltungsanspruch an die Stelle des negatorischen resp. possessorischen Anspruches tritt. Interessant für uns ist aber die Tatsache, dass hier nicht etwa dem Inhaber des genehmigten Betriebes als Ausgleich für die Genehmigung eine generelle Leistungspflicht gegenüber jedem durch seinen Betrieb Geschädigten überbunden worden ist. Auch diese Institution kommt mindestens vorwiegend, wenn nicht ausschliesslich⁶⁵⁾ unter Nachbarn zur Anwendung und dient dem Schutz der Interessen des durch einen genehmigten Betrieb beeinträchtigten Eigentümers resp. Besitzers eines Grundstückes. Auch diese Institution steht daher unserer Auslegung von ZGB 679 viel näher als der herrschenden Auffassung über den Inhalt dieser Norm.

⁶³⁾ Vgl. vorn § 4 zu N 49.

⁶⁴⁾ Vgl. vorn § 4 Abschn. IV.

⁶⁵⁾ Ueber die Aktiv- und Passivlegitimation vgl. vorn § 4 zu N 100 ff.

In Frankreich steht im Gegensatz zu Deutschland mehr das Recht des Schädigers als dasjenige des Geschädigten im Vordergrund der zahlreichen und gründlichen Erörterungen. Das ganze Problem wird dabei aber immer unter dem Gesichtspunkt der Nachbarschaft geprüft. Dies ergibt sich schon aus der immer wieder anzutreffenden Ausdrucksweise, dass auf die Ueberschreitung der «mesure des obligations ordinaires du voisinage» abzustellen sei ⁶⁶⁾. Der Begriff der Nachbarschaft und der nachbarlichen Rücksichtnahme steht auch im Zentrum der sehr interessanten Theorie von *Capitant* über die «obligations de voisinage» ⁶⁷⁾.

Aus der Betrachtung des französischen Rechts darf im übrigen geschlossen werden, dass ein Verzicht auf das Verschulden — sei es nun auf Grund von gesetzlichen Bestimmungen oder durch die Praxis — bei Störungen unter Nachbarn den Verhältnissen angemessen ist, ja, sich aufdrängt. Das französische Recht legt uns daher nahe, die Frage nach der Rechtfertigung des Verzichtes auf das Verschulden bei der Grundeigentümerhaftung unter Nachbarn zu bejahen.

Im übrigen geht das französische Recht wie der Wortlaut von ZGB 679 von der Ueberschreitung des Rechts des Störers und nicht von der Beeinträchtigung des Rechts des Gestörten aus. Man könnte daher versucht sein, den Vergleich mit dem französischen Recht als Argument zugunsten der herrschenden Auslegung von ZGB 679 anzuführen. Dies wäre aber nur dann richtig, wenn die französischen Juristen den Begriff der Nachbarschaft nicht so eindeutig zum Kernpunkt ihrer Ueberlegungen machen würden. Die Idee einer abstrakten Grundeigentumsüberschreitung an sich, dh. ohne das Kriterium der Verletzung der rechtlich geschützten Interessen des Nachbarn, liegt ihnen fern. Auch die französische Jurisprudenz steht also unserer Interpretation von ZGB 679 näher als der herrschenden Lehre.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die in Betracht gezogenen fremden Rechtsordnungen zwar keine ZGB 679 direkt entsprechende Lösung kennen. Bei allen ist aber doch — wenn auch nicht immer gleich stark — die Tendenz festzustellen, das nachbarliche Verhältnis auch in bezug auf die Schadenersatzpflicht speziell zu würdigen und ihm durch eine Verschärfung der Verantwortung Rechnung zu tragen.

⁶⁶⁾ Vgl. vorn § 5 N 9.

⁶⁷⁾ Vorn § 5 Abschn. III Ziff. 3 a. Vgl. auch die Konstruktion einer «faute spéciale de voisinage proprement dite» durch Leyat (vorn § 5 zu N 54).

Eindeutiger kann der Schluss gezogen werden, dass die in den erwähnten fremden Rechtsordnungen getroffenen Lösungen eher für die Richtigkeit unserer Umschreibung des Begriffes der Grundeigentumsüberschreitung sprechen als für die Richtigkeit der herrschenden Interpretation.

Wir haben nirgends eine spezielle Berücksichtigung von Schäden beliebiger Dritter angetroffen, die der Grundeigentümer in Ausübung seines Eigentumsrechts verursacht. Die Rechtswidrigkeit wird vielmehr durchwegs aus der Verletzung von Eigentumsrecht oder Besitz an Grundstücken abgeleitet.

Unsere rechtsvergleichende Betrachtung führt also zum Resultat, dass der Verzicht auf das Verschulden bei der Grundeigentümerhaftung durch den schweizerischen Gesetzgeber sich zwar nicht als einzig richtige Lösung aufdrängt, dass aber doch auch in andern Rechtsordnungen Parallelen bestehen.

De lege lata ergibt der Vergleich mit den andern Rechtsordnungen, dass die Beschränkung der Anwendbarkeit von ZGB 679 auf die Verletzung der Rechte der Nachbarn, dh. auf das nachbarliche Verhältnis, als geboten erscheint.

b) *Weitere Argumente*: Dieses Resultat der rechtsvergleichenden Betrachtung wird bestätigt, wenn wir das uns durch die rechtssystematische Auslegung aufgegebene Werturteil über die Frage, wo hier die Grenze gegenüber der Verschuldenshaftung zu ziehen sei, selbständig fällen. Dabei müssen wir uns vor allem darüber Rechenschaft ablegen, welche Umstände die Sonderhaftung von ZGB 679 als solche zu rechtfertigen vermögen.

Vorerst ist zu untersuchen, ob die Grundeigentümerhaftung in eine der Kausalhaftungs-Kategorien des allgemeinen Haftpflichtrechts eingereiht werden könne.

Es würde zu weit führen, die Besonderheiten der verschiedenen vom Haftpflichtrecht anerkannten Haftungsgründe eingehend zu untersuchen und gestützt darauf zu prüfen, ob bei einer der vorgeschlagenen Interpretationen von ZGB 679 entsprechende resp. gleich zu bewertende Verhältnisse vorliegen. Es seien nur kurz folgende Ueherlegungen angeführt:

Die *Gefährdung* im Sinne der Gefährdungshaftungen fällt als Rechtfertigung ausser Betracht. Die Ausübung der tatsächlichen Herrschaft über ein Grundstück bringt an sich keine ähnliche Gefährdung der Mitwelt mit sich wie der Betrieb eines Motorfahrzeuges, einer Eisenbahn, eines Flugzeuges oder einer elektrischen Anlage. Auto, Eisenbahn und Flugzeug werden durch starke Motoren schnell vorwärtsbewegt und

weisen dementsprechend enorme kinetische Energien auf. Auch der elektrische Strom ist eine Form von Energie mit bedeutender Zerstörungskraft. Bei der Grundeigentumsüberschreitung können demgegenüber zwar auch grosse Energien eine Rolle spielen: dies gehört aber keineswegs zu ihrem Wesen und ist auch meistens nicht der Fall.

Auch die militärischen Übungen sind mit Gefahren verbunden, die bei der gewöhnlichen menschlichen Tätigkeit — im Zusammenhang mit der Herrschaft über ein Grundstück oder unabhängig davon — nicht auftreten ⁶⁸⁾.

Die Grundeigentümerhaftung stellt also keine Gefährdungshaftung im gebräuchlichen Sinn dieses Wortes dar.

Schwieriger ist der Vergleich mit den sog. *Kausalhaftungen* i. e. S., weil es bisher nicht gelungen ist, für diese Haftungsarten einen einheitlichen Haftungsgrund zu entwickeln ⁶⁹⁾, obschon parallele Züge nicht verneint werden können.

Ein Unterschied in bezug auf die Konstruktion besteht darin, dass bei den Kausalhaftungen die Ursachen resp. Zwischenbedingungen, an die sie geknüpft werden (die sog. haftungsbegründenden Ursachen), durch natürliche, dh. nicht-rechtliche Momente umschrieben werden: Verhalten eines Kindes, einer Hilfsperson, eines Tieres, Zustand eines Werkes. Massgebend ist also eine schon an sich abgegrenzte Ursachen-Art.

Die Bestimmung der für die Anwendbarkeit von ZGB 679 massgebenden haftungsbegründenden Ursache erfolgt nach ganz anders gear- teten Gesichtspunkten. Es ist unwesentlich, ob die rechtlich relevante Ursache im Verhalten eines Menschen oder eines Tieres bestehe. Auch eine Pflanze kann eine Grundeigentumsüberschreitung herbeiführen, indem sie über die Grenze stürzt oder wächst. Schliesslich können die Einwirkungen auch von leblosen Dingen herrühren. Die Abgrenzung erfolgt hier einerseits durch die Beziehung des fraglichen Vorganges zur Herrschaft über das Grundstück, zur Ausübung des Eigentumsrechts, dh. nicht durch ihre Art, sondern durch ihre Beziehung zur Umwelt. Andererseits ist die Art der Wirkung — sind die Rechte der Nachbarn an ihren Grundstücken beeinträchtigt worden oder nicht? — für die Bestimmung der Ursache massgebend, an die die Haftpflicht geknüpft wird. Es handelt sich hier um einen grundsätzlichen Unterschied zum sog. Haftpflichtrecht, um eine andere theoretische Konstruktion.

⁶⁸⁾ Die spezifische Militärgefahr ist Voraussetzung der Anwendbarkeit von MO 27/28; vgl. Oettinger II 1075 ff., namentlich auch N 111; Stark, SJZ 44, 349 u. a.

⁶⁹⁾ Vgl. vorn § 7 N 120.

Schon der Aufbau der Haftpflicht und ihrer Voraussetzungen ist also ein wesentlich anderer als bei den Kausalhaftungen i.e.S. Im Gegensatz zu diesen Haftungsarten führt bei der Grundeigentümerhaftung nicht ein Glied der Kausalkette zwischen einem menschlichen Verhalten und einem rechtswidrigen Schaden infolge seiner besonderen Art gewissermaßen zu einer Umkehrung der Beweislast für das Verschulden und einigen ergänzenden Modifikationen.

Es handelt sich bei der Grundeigentümerhaftung überhaupt nicht um die Behebung von Beweisschwierigkeiten: Es erfolgt gar keine Umkehrung der Beweislast, nachdem dem Grundeigentümer kein Befreiungsbeweis zur Verfügung steht.

Die Grundeigentümerhaftung lässt sich also auch nicht in die Kategorie der sog. Kausalhaftungen i.e.S. einreihen ⁷⁰⁾).

Die Rechtfertigung der speziellen Grundeigentümergeverantwortlichkeit, aus der sich die entsprechende Gestaltung ergibt, muss daher auf einer andern Ebene gesucht werden.

Man könnte versucht sein, den Haftungsgrund von ZGB 679 in der Ueberlegung zu sehen, dass der Eigentümer und ev. auch der Besitzer diese verschärfte Haftung auf sich nehmen müssten, nachdem sie auch den Vorteil der rechtlich geschützten Herrschaft über das Grundstück genössen.

Diese «Missgunst-Argumentation» ist unserer Rechtsordnung aber fremd. Sie lässt sich auch nicht vernünftig begründen; denn sie ist nicht schadenersatzrechtlich gedacht: Die «Vorzugsstellung» des Grundeigentümers und der Verzicht auf das Verschulden als Voraussetzung der Haftpflicht lassen sich im Einzelfall vernünftigerweise in keine Beziehung zueinander bringen. So ist der zur Führung einer angesehenen Geschäftsbezeichnung durch Erbgang Berechtigte auch nicht verpflichtet, quasi als Gegenleistung für den Schutz der Rechtsordnung, eine verschärfte Haftung auf sich zu nehmen. Die Einräumung und der Schutz absoluter Rechte steht mit der Frage, ob die Haftpflicht ein Verschulden voraussetzen solle oder nicht, in keiner adaequaten Beziehung; die beiden Fragen liegen auf verschiedenen Ebenen.

Dementsprechend ist nicht einzusehen, weshalb der Eigentümer und der Besitzer eines Grundstückes als Konsequenz ihres Anspruches, nicht gestört zu werden, für den infolge ihrer eigenen Benützung des Grund-

⁷⁰⁾ Otfinger II 397/98 betont, dass ZGB 679 eine sachenrechtliche Haftung statuiert, die schon in ihrem Wesen von den obligationenrechtlichen Haftungsarten verschieden ist.

stückes entstehenden Schaden jedes Dritten auch ohne Verschulden mit ihrem Vermögen eintreten sollen, während dies in unserer Rechtsordnung sonst nicht der Fall ist.

Die Unhaltbarkeit dieser Argumentation ergibt sich auch aus dem Umstand, dass sie auf das Verhältnis unter Nachbarn gar nicht anwendbar ist; denn da hier der Geschädigte die gleichen Vorteile genießt wie der Schädiger, würde der innere Grund für die Kausalhaftung entfallen. In der Praxis findet ZGB 679 aber auch auf Grund der herrschenden Auffassung namentlich unter Nachbarn Anwendung.

Der Haftungsgrund von ZGB 679 beruht richtigerweise auf dem sachenrechtlichen Verhältnis der *Nachbarschaft*, auf dem zwangsläufigen und regelmässigen «Einander-Ausgesetzt-Sein» und auf dem dadurch bedingten Anspruch auf Duldung mässiger Einwirkungen durch den Nachbarn, an dessen Ueberschreitung diese Haftpflicht geknüpft ist. Wie wir vorn⁷¹⁾ schon gesehen haben, stehen die Nachbarn in einer Zwangsgemeinschaft, der sie nicht entinnen können, es sei denn, durch den Verzicht auf ihre Grundstücke. Sie beruht auf dem künstlichen Charakter der Grundstücksgrenzen; die Tätigkeit eines Grundeigentümers oder Besitzers auf seinem Grundstück wirkt sich daher in vielen Fällen über diese Grenzen hinweg aus. Diese Auswirkungen müssen die Nachbarn in erträglichem Ausmass gegenseitig auf sich nehmen, wenn sie einander die Ausnützung ihrer Rechte nicht unterbinden wollen.

Eine Ergänzung des nachbarrechtlichen Duldungsanspruches auf dem Gebiete des Schadenersatzrechtes drängt sich namentlich auf, weil sich heute infolge der Industrialisierung die Eigentumsausübung von Grundstück zu Grundstück stark unterscheidet. In der Praxis nützt daher heute derjenige Grundeigentümer, dessen Duldungspflicht stark in Anspruch genommen wird, meistens sein eigenes Einwirkungsrecht gegenüber den Nachbarn nicht aus, sodass der eine durch das Nachbarrecht vorwiegend begünstigt, der andere vorwiegend benachteiligt wird. Bei der früher üblichen gleichartigen Bewirtschaftung ganzer Gegenden fand demgegenüber immer wieder ein Ausgleich zwischen Duldungsanspruch und Duldungspflicht statt und bestand deshalb kein Bedürfnis nach einer Korrektur auf dem Haftpflicht-Sektor.

Das ZGB hat diesen Verhältnissen nicht durch eine verschärfte Verschuldenshaftung für die Ueberschreitung der nachbarrechtlichen Befugnisse, sondern durch den gänzlichen Verzicht auf das Verschulden als Voraussetzung der Haftpflicht Rechnung getragen. Damit verpflichtet es den Grundeigentümer zu Leistungen aus seinem Vermögen auch in Fällen, in denen ihn kein Vorwurf trifft.

Dieser Weg ist der richtigere. Durch eine scharfe Verschuldenshaftung würde die Ausübung des Eigentumsrechts stark erschwert, weil das Abschätzen der den Nachbarn treffenden Folgen eines Verhaltens auf einem Grundstück vielfach sehr schwierig ist. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass die Rechtswidrigkeit häufig von der Intensität der Einwirkungen auf die Nachbargrundstücke abhängt, die kaum zuverlässig abgeschätzt werden kann, weil sie durch unberechenbare Nebenbedingungen bestimmt wird. Andererseits steht fest, dass der Nachbar diesen Einwirkungen nicht ausweichen kann. Sollte nun der verantwortungsbewusste Grundeigentümer sein Eigentumsrecht nur stark zurückhaltend ausüben oder einfach die Möglichkeit eines berechtigten Vorwurfes auf sich nehmen? Das Gesetz hat dieses Dilemma dadurch in gewissem Sinne aufgelöst, dass es den Grundeigentümer resp. den Besitzer das finanzielle Risiko zu starker Einwirkungen auf die Nachbargrundstücke tragen lässt. Das Nachbarrecht bringt uns also nicht nur eine gegenseitige Beschränkung des Ausschliessungsrechts und damit einen Duldungsanspruch gegenüber dem Nachbarn, sondern auch eine Verlagerung des Risikos für unverschuldete Ueberschreitungen dieses Anspruches auf den Schädiger, dh. eine Umkehrung des Satzes: *casum sentit dominus*.

Dies gilt aber nur unter Nachbarn. Beliebige Dritte sind den in Frage stehenden Schädigungen nicht regelmässig und zwangsläufig ausgesetzt, sie können ihnen ausweichen. Für die Nachbarn besteht demgegenüber eine besondere Art von Gefährdung, die aber nicht in der besonderen Gefährlichkeit der Ursache, sondern in dem Umstand zu sehen ist, dass immer der gleiche Personenkreis den Auswirkungen dieser Ursache und damit der Möglichkeit von Schädigungen ausgesetzt ist. Im Gegensatz zu den Gefährdungshaftungen⁷²⁾ könnten wir von einer *subjektiven Gefährdung der Nachbarn* sprechen⁷³⁾, die hier als Haftungsgrund erscheint.

Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass der Eigentümer eines Grundstückes häufig über die Art der Ausübung des Eigentumsrechts durch

⁷¹⁾ Zu N 1 ff.

⁷²⁾ Eine Parallele zur Gefährdungshaftung besteht darin, dass auch hier eine Verwässerung des Verschuldensbegriffes die Notwendigkeit einer Kausalhaftung entfallen liesse in denjenigen Fällen, in denen der störende Nachbar nicht urteilsunfähig ist.

⁷³⁾ Diese Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Gefährdung darf nicht verwechselt werden mit der Unterscheidung zwischen konkreter und abstrakter Gefährdung, die im Strafrecht gemacht wird; vgl. Hafter, Besonderer Teil I 48.

seinen Nachbarn gut unterrichtet ist. Wie soll er dann aber dem Nachbarn ein Verschulden vorwerfen können, wenn er selbst nicht ernsthaft mit Schäden gerechnet hat und daher darauf verzichtete, die Praeventivklage anzustrengen ^{73a)}?

De lege ferenda bestehen also im Rahmen unserer Rechtsordnung gute Gründe für die Kausalhaftung des Grundeigentümers gegenüber seinem Nachbarn. Wir kommen daher zum Schluss, dass die spezielle Haftung nach ZGB 679 sowohl der formalen, als auch der materialen Gerechtigkeit entspricht. Diese Gründe lassen sich aber nur zugunsten von Nachbarn anrufen; bei der Schädigung von beliebigen Dritten liegen sie nicht vor und besteht daher keine Veranlassung, eine Ausnahme von OR 41, dh. eine Sonderhaftung zu konstruieren. Es drängt sich infolgedessen de lege lata auf, die besondere Verantwortlichkeit des Grundeigentümers auf das nachbarliche Verhältnis zu beschränken.

Die Anhänger der herrschenden Auffassung können zwar den Wortlaut des Gesetzes und die Tatsache zu ihren Gunsten anführen, dass ZGB 679 nicht in dem mit «Nachbarrecht» überschriebenen Abschnitt des Gesetzes enthalten ist, der erst bei ZGB 684 beginnt.

Trotzdem ist es m. E. geboten, auf die allgemeine Aktivlegitimation zu verzichten, dies umso mehr, als die Gesetzesredaktoren sich offenbar über den Inhalt der von ihnen geschaffenen Norm kein sehr klares Bild gemacht haben und als die hier vertretene Lösung durch logische Ableitung der Grundeigentumsüberschreitung aus dem Begriff des Eigentumsrechts intra legem ⁷⁴⁾ gefunden werden kann.

Die durch die Kausalhaftung erfolgende Gleichstellung der Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche mit den Schadenersatzansprüchen in bezug auf die Voraussetzungen ist nur zufälliger Natur. Es handelt sich nicht um eine Gleichbehandlung im Sinne der formalen Gerechtigkeit auf Grund der Ueberlegung, dass im nachbarlichen Verhältnis der Unterschied zwischen den beiden Anspruchsarten weg falle. Die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche ergeben sich unabhängig vom nachbarlichen Verhältnis direkt aus dem Recht des Gestörten, während nur dieses nachbarliche Verhältnis bei den Schadenersatzansprüchen den Verzicht auf das Verschulden rechtfertigt.

^{73a)} Er soll auch nicht veranlasst werden, wegen Kleinigkeiten vorsichtshalber zu dieser Klage zu greifen.

⁷⁴⁾ Eine Interpretation praeter legem ist dagegen notwendig für die hier vertretene Passivlegitimation des Besitzers.

Demgegenüber muss die herrschende Auffassung auch die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche gemäss ZGB 679 gleichzeitig mit dem Schadenersatzanspruch als besondere Regelung rechtfertigen, da sie von einer abstrakten Ueberschreitung des Eigentumsrechts ausgeht ^{74a}).

2. Das Verhältniss zur Werkhaftung von OR 58 im besonderen

Es rechtfertigt sich, die Beziehungen zwischen ZGB 679 und OR 58 noch speziell zu erörtern, weil diese beiden Bestimmungen einander besonders nahe stehen, so nahe sogar, dass bei der Gesetzesberatung erwogen wurde, sie in einen Artikel zusammenzufassen ⁷⁵).

Auf Grund unserer Interpretation von ZGB 679 und des im schweizerischen Recht -- im Gegensatz zu andern Rechtsordnungen -- geltenden Grundsatzes der Gesetzeskonkurrenz bietet die Bestimmung des Verhältnisses keine besonderen Schwierigkeiten: Da beide Haftungsarten auf verschiedenen Voraussetzungen beruhen, ist im Einzelfall nur zu prüfen, welche von ihnen anwendbar ist. Wenn die Voraussetzungen beider Bestimmungen gegeben sind, kann der Geschädigte zur Begründung seines Schadenersatzanspruches beide Gesetzesartikel anrufen ⁷⁶). Dies ist namentlich der Fall, wenn ein Werkmangel zu einer rechtswidrigen Einwirkung auf das benachbarte Grundstück geführt und wenn der Eigentümer oder Besitzer des Nachbargrundstückes deswegen einen Schaden erlitten hat. Beide Bestimmungen sind dementsprechend anwendbar, wenn ein mangelhaft konstruiertes Dach von einem Sturm abgehoben und auf das Nachbargrundstück geworfen wird, wo deswegen Sach- und Personenschaden entstehen kann. Der verletzte Passant kann sich allerdings nur auf OR 58 berufen, dem geschädigten Nachbarn steht aber auch die Anrufung von ZGB 679 offen. Im Gegensatz zur Auffassung des Bundesgerichts ⁷⁷) ist ihm dies auch möglich für den Personenschaden, den Sachschaden an Mobilien und den Vermögensschaden i.e.S., weil für die Bestimmung der Rechtswidrigkeit nur die Frage massgebend ist, ob sein Eigentumsrecht oder sein Besitz am betreffenden Grundstück beeinträchtigt wurde.

^{74a}) Vgl. vorn vor N 8a und Abschn. III Ziff. 4.

⁷⁵) Vgl. vorn § 2 N 24.

⁷⁶) Vgl. GL 1927/28, 13.

⁷⁷) Vgl. vorn § 2 zu N 166 ff.

3. Der Regress unter mehreren Haftpflichtigen

Nach OR 51 herrscht unter mehreren für den gleichen Schaden haftpflichtigen Personen das Verhältnis der unechten Solidarität. Dieser Bestimmung unterliegt auch der Eigentümer eines Grundstückes, der auf Grund von ZGB 679 für einen Schaden verantwortlich ist: Er kann vom Geschädigten wie jeder andere Haftpflichtige für den ganzen Schaden in Anspruch genommen werden und ist nachher an der internen Auseinandersetzung gemäss OR 51 II beteiligt. Sofern ihn kein Verschulden trifft, muss er dabei den Schaden erst in letzter Linie endgültig tragen ⁷⁸⁾; denn die Verantwortlichkeit des Grundeigentümers ist als eine Haftpflicht ex lege im Sinne von OR 51 II zu betrachten ⁷⁹⁾.

Art. 51 II OR bindet den Richter allerdings nicht; er lässt ihm vielmehr die Freiheit, im Einzelfall zu einer andern Lösung zu greifen, wenn die Verhältnisse dies rechtfertigen. Eine solche Abweichung von der vom Gesetzgeber vorgesehenen Ordnung kann aber nur in seltenen Ausnahmefällen in Frage kommen ⁸⁰⁾.

Nicht gelöst durch OR 51 II ist der Regress unter mehreren Haftpflichtigen, die der gleichen Gruppe angehören, in unserem Fall zwischen mehreren aus Gesetz Verantwortlichen. Praktische Bedeutung dürfte hier namentlich denjenigen Fällen zukommen, in denen der Grundeigentümer für die von andern Personen verursachten Grundeigentumsüberschreitungen einzustehen hat ⁸¹⁾.

Wir müssen zwei verschiedene Regresswege unterscheiden: Der eine basiert auf dem Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer des Grundstückes einerseits und derjenigen Person andererseits, für deren eigene oder durch Hilfspersonen verursachte Grundeigentumsüberschreitungen der Eigentümer eintreten muss. Für diesen Rückgriff ist es irrelevant, ob der Regressat gegenüber dem Geschädigten auch schadenersatzpflichtig ist. Es handelt sich also nicht um den Regress im Sinne von OR 51 II ⁸²⁾.

⁷⁸⁾ Vgl. BGE 47 II 412.

⁷⁹⁾ Als Haftungen ex lege gelten nicht nur die deliktischen und quasideliktischen Kausalhaftungen und Gefährdungshaftungen, sondern jede durch das Gesetz einem Rechtssubjekt ohne Verschulden auferlegte Schadenersatzpflicht; vgl. Oftinger I 259.

⁸⁰⁾ Vgl. BGE 76 II 392; Oftinger I 260.

⁸¹⁾ Vgl. vorn nach N 40.

⁸²⁾ Bei diesem Regresswege handelt es sich vorwiegend um die Verantwortlichkeit des Regressaten aus der Verletzung vertraglicher Verpflichtungen gegenüber dem Grundeigentümer.

Der andere Regressweg ist nur gegenüber Personen offen, die gegenüber dem Geschädigten direkt verantwortlich sind. Er richtet sich nach den hier zur Diskussion stehenden Regeln. Dabei dürfte die Haftung des Geschäftsherrn nach OR 55 im Vordergrund stehen. Besteht hier ein Regress des Grundeigentümers gegen den ebenfalls nur ex lege Haftpflichtigen?

Nach der Regressordnung von OR 51 II muss derjenige in erster Linie den Schaden tragen, gegen den der schwerwiegendste Haftungsgrund spricht. Wenn wir den gleichen Grundgedanken innerhalb der Gruppe der aus Gesetz Haftpflichtigen anwenden, kommen die Haftungen gemäss ZGB 333, OR 55 und OR 56 vor ZGB 679, weil sie auf der Verletzung einer Sorgfaltspflicht durch den Haftpflichtigen beruhen. Da der gleiche Gedanke auch OR 58 zugrunde liegt, haftet auch der Werk-eigentümer vor dem Grundeigentümer, wobei allerdings hier selten Konkurrenzfälle vorkommen werden. Die Gefährdungshaftungen werden sogar vor den erwähnten Kausalhaftungen i.e.S. eingereiht⁸³⁾; sie stehen daher auch vor der Haftung aus ZGB 679.

⁸³⁾ Vgl. Oftinger I 270.

